

Universidade de Lisboa  
Faculdade de Direito

**Pornografia de Menores:  
Um crime parcialmente moralista?**

Mariana Isabel Biguino Tavares

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica  
Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora:  
Professora Doutora Inês Ferreira Leite

2019

*à minha mãe*

## Lista de abreviaturas

CDC	Convenção dos Direitos das Crianças
CPPA	Child Pornography Prevention Act
CRP	Constituição da República Portuguesa
DDC	Declaração dos Direitos das Crianças
DL	Decreto-Lei
LPCJP	Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LPI	Lei de Proteção à Infância
LTE	Lei Tutelar Educativa
N.º	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
OTM	Lei da Organização Tutelar de Menores
V.	Versus

## Resumo

A existência da pornografia de menores e o lucro que a mesma gera é um atentado contra a dignidade das crianças. Estes conteúdos pornográficos contribuem para o aliciamento e lesão de outros menores. A presente dissertação tem como objeto de estudo o bem jurídico tutelado no crime de pornografia de menores nomeadamente nas condutas de mera detenção do material pornográfico para consumo próprio, a produção, divulgação, distribuição, exibição, cedência e detenção dos materiais com recurso à representação realista do menor. Mais concretamente a pornografia aparente, ou seja, a atuação de adultos que interpretam a personagem de menor em comportamentos sexuais; a pornografia parcialmente virtual que consiste em parte numa representação de um menor real e outra parte virtual; na pornografia totalmente virtual não constam quaisquer menores reais, como nos *animes*. Considerando o direito à liberdade sexual dos menores, seria injusto não permitir que um menor não pudesse tirar uma simples fotografia pornográfica, partilhando deliberadamente diante este crime; analisaremos em que circunstâncias e condições pode o menor consentir e acordar na realização de atos que se enquadrem neste crime. Face a criminalização da posse, produção e divulgação de material com representação realista de menores, o direito à reserva da intimidade privada, à liberdade de expressão e à liberdade de criação artística são reprimidos. Contudo, o Código Penal pode restringir proporcionalmente direitos, liberdades e garantias perante o dano/perigo criado; a intervenção penal só ocorre para tutelar os bens jurídicos. As condutas referidas assentam no fundamentalismo moralista da sociedade diante esta pornografia, porém este não poderá ser o único fundamento para o legislador atribuir dignidade penal a uma conduta. Com a exposição do presente trabalho é possível afirmar que somente um dos tipos de representação realista apresenta dignidade penal o que justifica a repressão dos demais direitos fundamentais face a tutela do menor.

**Palavras-chave:** Menor, pornografia de menores, moral, crimes sexuais, pornografia virtual

## **Abstract**

The existence of child pornography and the profit it generates is an attempt against children's dignity. The existence of materials produced with sexual exploitation of children, contributes for the grooming process of other children that may perceived this acts as normal. This dissertation focus on the study of the legal good protected in the crime of child pornography, more specifically the possessing of pornographic material, its production, disclosure, importation, exportation, distribution, exhibition, and tenure, of these materials containing a realistic representation of minors. More precisely, apparent pornography, that is, adults acting or appearing to be children, just like actors do; the partially virtual pornography consists in a mixture of, for example, a photograph of a minor changed with technology; Completely virtual pornography is pornography but without any real children involved, like animes. Considering the right of sexual freedom of minors, it wouldn't be fair not allowing the minor to take a photograph considered pornographic and share it deliberately, we shall procede to analyze the circumstances and conditions where they can consent and agree with the behaviours that fit in this crime. With this criminalization some rights end up being restricted such as the right of free speech, artistic creating and private intimacy. However, The Criminal Code can proportionally restrain rights, freedoms and guarantees according to the damage/danger caused, matter in fact, the criminal intervention can only be executed to protect legal goods. All the mentioned behaviours fit the fundamentalism moralistic of society towards this kind of pornography, however it can't be the only argument for a behaviour to have criminal dignity to be forseen as a crime. With this work's exposition it's possible to affirm that only one of the mentioned behaviours presents the criminal dignity that justifies the repression of any other fundamental rights to protect the children's rights.

**Keywords:** Minor, child pornography, moral, sexual crimes, virtual pornography.

## Introdução

A pornografia de menores consubstancia na maioria dos casos abusos sexuais captados em vídeos, fotografias ou qualquer outro meio que assim o permita. Porém, pode ainda ser considerada uma *arma* para aliciar outras crianças, levando-as a crer que tais atos são comuns. Atos estes que são difundidos. Cria-se assim um ciclo de consumo de materiais onde constam abusos sexuais; produção, divulgação desses e o seu uso para manipular mais menores. As tecnologias facilitaram a difusão dos materiais pornográficos envolvendo crianças ou jovens, dificultando a identificação dos agentes e permitindo o crescimento desta indústria milionária através da exploração sexual de menores.

O estatuto do menor sofreu grandes alterações ao longo dos tempos, contudo, carece ainda de muita atenção e proteção. Estando os menores ainda em fase de desenvolvimento, a participação ou o contacto com esta pornografia lesa a liberdade destes, aos quais deve ser conferido a tutela para um desenvolvimento harmonioso sem ingerências negativas de terceiros. Analisaremos ainda se é possível um menor consentir na participação nos materiais referidos e em que termos uma vez que a norma tutela menores até os 18 anos. Pendemos em considerar que impedir totalmente um jovem de ter comportamentos sexuais de qualquer cariz prejudicará o seu desenvolvimento, reprimindo o direito à liberdade sexual.

Em tempos, o direito penal sexual socorria-se de várias concepções moralistas, criminalizando condutas repulsivas ou consideradas como pecado. Ainda que seja possível admitir a proximidade entre o direito e a sociedade, o primeiro não se pode basear em opiniões para intervir, mas sim, na ocorrência de um dano ou perigo para os bens jurídicos tutelados constitucionalmente. O direito penal é um instrumento subsidiário. Uma conduta poderá ser crime e também imoral, mas somente a imoralidade não pode originar a ingerência penal na esfera privada de cada indivíduo. Caso contrário haveria uma restrição desnecessária dos direitos fundamentais em prol dos valores morais perante a sexualidade. Esta pornografia é de facto um tema sensível, suscetível de opiniões moralistas por se tratar de abusos a menores que circularão infinitamente no mundo digital.

Com este estudo iremos analisar qual o bem jurídico que o legislador pretendeu tutelar nomeadamente aquando da criminalização da mera posse para consumo próprio e a representação realista do menor, considerando que nesta, não estaremos perante

menores reais, mas sim, a sua representação em comportamentos sexuais ou reveladores. Importa então identificar o bem jurídico tutelado e em que medida poderá ser lesado ou colocado em perigo uma vez que, a criminalização restringe a liberdade de expressão do indivíduo que tenha em sua posse esses materiais; a liberdade de criação artística de quem represente os menores fictícios em atos *pornográficos* ou ainda atores adultos que se fazem passar por menores para a produção de pornografia. É aceitável o pudor, a oposição e a desaprovação das condutas descritas por parte da sociedade, no entanto, o legislador deverá fazer uma análise objetiva não procurando apaziguar as preocupações sociais à custa do direito à liberdade.

Examinaremos como é que *cartoons*, animes, adultos que aparentem ser menores, poderão efetivamente lesar ou colocar em perigo menores reais admitindo desde já que não será possível afirmar que se pretenda proteger o bem jurídico tutelado na secção em que se insere a pornografia de menores, a autodeterminação sexual, por não existir nenhum menor envolvido.

Em que medida poderá a imaginação ser causa justificativa para a criminalização? De que modo a posse coloca em perigo a autodeterminação sexual dos menores? Será que estas condutas advêm meramente de concepções morais? Estar-se-á a tutelar somente a moral e a ordem social perante essas condutas?

Procederemos então à análise de modo a responder às perguntas referidas sem recorrer à moral ou irracionalidade que o presente tema poderá suscitar.

## 1. O desenvolvimento do estatuto do menor

As crianças, nos tempos de hoje são indivíduos titulares de direitos tal como os adultos, têm os mesmos direitos fundamentais que qualquer outro cidadão. Porém, devido às fragilidades inerentes às características físicas e psicológicas por ainda se encontrarem em fase de desenvolvimento, merecem uma especial atenção quer a nível social quer a nível Estadual.

Grande parte deste desenvolvimento da criança é influenciado pela família que é também o primeiro contacto com afeto, amor, interação e valores sociais do menor. Caberá à própria família a responsabilidade de promover e proteger os direitos da criança<sup>1</sup>.

Os menores nem sempre receberam a mesma atenção normativa e social que recebem atualmente. O destino da criança era em tempos decidido pelo pai, o chefe de família que detinha toda a autoridade<sup>2</sup>. Havia a percepção de que a criança tinha pouco valor sobre a qual os pais ou educadores podiam deter direitos absolutos sobre estas e usá-las consoante as suas diferentes fases de desenvolvimento sem qualquer censura ou repreensão. O Estado pouco ou nada intervinha.

Os atos umbrosos praticados contra as crianças e jovens eram aceites tanto juridicamente como perante a sociedade, especialmente quando executados pelo pai ou educador. As medidas de *proteção* dos menores somente visavam evitar a mortalidade infantil<sup>3</sup>.

Quando as realidades se alteravam, as crianças continuavam a ser vítimas de abusos, exploração, crueldade, violência, opressão e demais atentados aos seus direitos. Os menores estavam desprotegidos e desprovidos de direitos. Até à positivação dos

---

<sup>1</sup> Conforme consta do princípio 6.º da DDC (Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança), “*A criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais (...)*”, disponível a 13/12/2018 em:

[https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs\\_referencia/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf).

<sup>2</sup> Durante o Império Romano, o titular dos *direitos* das crianças, e por direito entendia-se o da vida e o da morte, recaía sobre autoridade máxima, o pai, *paterfamilias*. O destino estava nas mãos da exclusiva vontade do seu progenitor que, se assim entendesse, podia vender uma criança como se de mercadoria se tratasse. A este propósito veja-se Guilherme de Oliveira, 1999, *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, página 188; SOTTOMAYOR, Clara, 2014, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, página 32 a 37 e MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, 2017, *As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História*, In: Scientia Iuridica n.º 343, Tomo LXVI, (Janeiro-Abril), página 112 e seguintes.

<sup>3</sup> MARTINS 2017:111.



direitos das crianças, os menores não eram considerados cidadãos titulares de direitos devido às suas características físicas e psicológicas intrínsecas da própria idade como fragilidades e vulnerabilidades que, sem a positivação dos mesmos, o seu desenvolvimento era frustrado.

O principal marco na concepção dos Direitos dos Menores foi consagrado primordialmente pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959<sup>4</sup>, doravante DDC. Porém não atribuía verdadeiros direitos aos menores, mas assegurava as necessidades básicas das crianças vítimas das Guerras Mundiais que careciam de proteção.

Três décadas mais tarde, nasce a Convenção sobre os Direitos da Criança, doravante CDC, que consolida os direitos dos menores.

---

<sup>4</sup> A versão original da DDC de 1924 foi o primeiro documento a fazer referência aos “direitos da criança”. A DDC foi adotada pela Sociedade das Nações, sociedade esta criada após a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1919) com o objetivo de assegurar a paz e reestruturar os Estados declarando a “*necessidade de proclamar à criança uma proteção especial*”. Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), foi revista limitando-se a assegurar as condições mínimas violada pelas vicissitudes das Guerras Mundiais. Por ter um caráter meramente indicativo para os Estados, não é adotada pelos mesmos.

Ainda neste contexto em 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem que no seu artigo 25º n.º 2 estabelecia proteção às crianças “*A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.*”. Em 1959, a DDC, é aprovada de novo por unanimidade. Esta Declaração da ONU era composta por dez princípios e, ao contrário da Declaração de 1924, concede à criança um estatuto de sujeito de direitos, mas, mais uma vez, os preceitos legislados eram vagos o que dificultava a consagração na lei interna dos Estados Signatários. Por outro lado, os preceitos não representavam uma obrigatoriedade para os estados aplicarem esses princípios, mas sim recomendações gerais a ter em consideração, uma obrigação moral, não produzindo os efeitos pretendidos.

## 1.1 A Convenção sobre os Direitos da Criança

A 20 de Novembro de 1989<sup>5</sup> é aprovada pela Organização das Nações Unidas, doravante ONU, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança que entra em vigor a 2 de Setembro de 1990 de cumprimento obrigatório para os cento e noventa e dois Estados Signatários. A CDC concede à criança direitos e o exercício dos mesmos “(...) *em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades, adquirindo um estatuto de cidadania social.*”<sup>6</sup>, assim como liberdades fundamentais, sendo o primeiro diploma com alcance internacional, tornando-se uma referência para o Direito dos Menores<sup>7</sup> e para os Direitos Humanos, focando-se exclusivamente nos direitos civis, sociais, culturais e económicos das crianças.

Inicia-se assim um processo de alterações nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Signatários que, pelo seu carácter imperativo consagraram os preceitos da CDC no ordenamento jurídico interno<sup>8</sup>. Os direitos dos menores passaram a ser contemplados neste instrumento de direito, tornando-se um critério a respeitar para todos os outros preceitos com vista à efetiva proteção, dignificação e responsabilização para com as crianças, de modo a que tenham as condições necessárias para um desenvolvimento saudável, livre e digno.

Este foco específico tornou a CDC o maior instrumento internacional alterando o conceito do estatuto do menor e homologando os direitos da criança. Tipificou ainda princípios e orientações basilares que efetivam a sua proteção contra todas as formas de discriminação e abusos, promovendo o desenvolvimento da personalidade e demais valores para preparar o menor para a vida em comunidade como um ser de direitos e deveres fazendo parte do seu processo de formação e educação. Foi um grande marco para que os Estados-Signatários intervissem e dirigissem a atenção para os menores.

---

<sup>5</sup> Portugal ratifica a Convenção a 12 de Setembro de 1990 pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90 publicada no Diário da República, I, n.º 211, 1º Suplemento de 12 de Setembro de 1990, disponível a 13/12/2018 em:

[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_sobre\\_direitos\\_da\\_crianca.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf).

<sup>6</sup> SOTTOMAYOR 2014:53.

<sup>7</sup> Com os destroços da Primeira e Segunda Guerra Mundial, nasce a necessidade de tomar iniciativa quanto às crianças vítimas da Guerra e, neste sentido a ONU em 1946 tendo como lema a “*Prioridade para a Criança*”, desperta um sentimento de necessidade de proteção de menores. Subsequentemente são elaborados os primeiros diplomas com esse propósito.

<sup>8</sup> Artigo 50º n.º 3.

Com a grande influência internacional da CDC, o estatuto jurídico da criança passou a incluir direitos civis, sociais, culturais como o direito à educação, à infância entre outros. As crianças são, deste modo, reconhecidas sujeitos de direitos e não meros objetos de discriminação legislativa e social. Altera-se assim, de modo imperativo, o estatuto dos menores. Estes passaram a ser titulares de direitos, liberdades e garantias tal como os adultos, mas com necessidades especiais de proteção devido à fragilidade e dependência inerente à idade, Heribert Ostendorf elucida que “*A infância e a juventude não são um grau menor (um minus) relativamente ao estatuto de adulto, são uma coisa distinta (...)*.”<sup>9</sup>. Os seus direitos para além de próprios são autónomos face aos direitos dos pais e restantes adultos<sup>10</sup>.

Com os ordenamentos jurídicos internos a incluírem as consagrações da CDC, foi criado o Comité dos Direitos da Criança da ONU<sup>11</sup> quase como uma medida de segurança e controlo dos Estados que ratificaram a CDC para assegurar a adequação dos preceitos nas respetivas ordens jurídicas, informando as crianças e jovens dos seus direitos, deveres e alertando a comunidade para estes<sup>12</sup>.

A CDC teve uma grande influência demonstrando efetivamente a importância da tutela e proteção dos menores, obrigando a uma consciencialização dos Estados Signatários quanto às crianças como sujeitos de direitos e merecedores de proteção jurisdicional. Com o aumento de zelo para com os direitos das crianças, tornou-se visível alguns problemas que se mantiveram, e que ainda se mantêm, nomeadamente a exploração sexual e pornografia de menores, aumentando a necessidade de proteção para combater estas violações contra os Direitos Humanos.

Quase duas décadas após a consagração da CDC, entram em vigor dois instrumentos de extrema importância, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003<sup>13</sup> relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a

---

<sup>9</sup> OSTENDORF, Heribert, 2006, *Contra a abolição do direito penal juvenil ou das suas características essenciais* – In: *Infância e Juventude* – Revista do Instituto de Reinserção Social, n.º 4 (Outubro-Dezembro) Lisboa, página 78.

<sup>10</sup> GONÇALVES, José Luís, 2018, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa, Edições Vieira da Silva, página 92.

<sup>11</sup> Criado ao abrigo do artigo 43º da CDC.

<sup>12</sup> Em 1991 como um reforço às alterações legislativas, foram criadas Comissões de Proteção de Menores. Estes institutos não judiciais, tinham autonomia exigindo que todos os menores fossem informados dos seus direitos, sensibilizando a sociedade para a necessidade de proteção destes. Estas assemelhavam-se ao Comité da Proteção da Infância criado a 1919 pela Sociedade das Nações apoiando as crianças afetadas com a Primeira Guerra Mundial.

<sup>13</sup> Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 13, de 20 de Janeiro de 2004, página 44 a 48, disponível a 13/12/2018 em:

pornografia infantil e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil<sup>14</sup>.

Portugal acompanhou esta evolução, assim como poderemos ver nos tópicos subsequentes.

---

[http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2004-68-jai-decisao/downloadFile/file/DQ\\_2004.68.JAI\\_Exploracao\\_sexual\\_de\\_crianças.pdf?nocache=1199981526.14](http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2004-68-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2004.68.JAI_Exploracao_sexual_de_crianças.pdf?nocache=1199981526.14) e substituída pela Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 335, de 17 de Dezembro de 2011, disponível a 13/12/2018 em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0093&from=MT>.

<sup>14</sup> Aprovado em Portugal pela Assembleia da República n.º 16/2003 a 5 de Dezembro e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003 a 5 de Março de 2003 In, Diário da República, I Série-A n.º 54, 5 de Março de 2003, disponível a 13/12/2018 em:

[http://gdde.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_direitos\\_crianca\\_venda\\_crianças-pornog\\_infantil.pdf](http://gdde.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_direitos_crianca_venda_crianças-pornog_infantil.pdf).

## 1.2 O ordenamento jurídico português

A legislação portuguesa acompanha também a evolução do estatuto do menor, positivando-a no direito interno. Com a CDC, exige-se uma atuação do legislador, uma oportunidade para se pronunciar de modo a incorporar a tutela, gozo pleno de direitos, e até mesmo a capacidade de exercício embora limitada, no ordenamento jurídico português e, deste modo, cimentar o direito dos menores.

Prematuramente nasce em 1911, o primeiro instrumento de direito dos menores em Portugal com a Lei de Proteção à Infância<sup>15</sup>, doravante LPI, com bases que permitiram vincular um sistema tutelar. A LPI focou-se maioritariamente na tutela educativa e preventiva dos menores, criando os primeiros tribunais especializados em direito dos menores, designados por tutorias de infância. O legislador visava prevenir condutas sociais suscetíveis de originar a prática de crimes entre menores assim como agir perante esses comportamentos. Neste momento foi possível estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de proteção do menor e a sua vontade como membro da sociedade.

Os princípios fundamentais da LPI assentavam numa ideia de defesa e proteção da sociedade ainda que com ideais paternalistas e repressivas<sup>16</sup>.

Com vigência de 50 anos, é revogada em 1962 pela Lei da Organização Tutelar de Menores<sup>17</sup>, doravante OTM, com foco especial na educação e proteção dos menores. Este novo diploma não originou uma alteração substancial dos princípios da LPI, porém assentava num regime protecionista introduzindo uma tutela penal, civil, educativa. Ao contrário da LPI, este novo instrumento não era repressivo.

A criança ou o jovem eram retratados como vítimas, fruto do ambiente social e não sujeitos responsáveis pelos seus atos quando criminalmente puníveis. Não havia responsabilidade penal para o menor o que originou um aumento significativo da criminalidade juvenil<sup>18</sup>.

O modelo da OTM não podia continuar. Havia a necessidade de fazer compreender os jovens da responsabilidade perante comportamentos ilícitos, educando-os quanto aos valores inerentes a uma sociedade o que, com a OTM, não era de todo possível. Conforme refere a autora Cláudia Antunes Martins “*A acção dirigida aos*

---

<sup>15</sup> DL 27 n.º 27 de Maio.

<sup>16</sup> NARCISO, Francisco Mendonça (s/d), *Educação do menor para o direito*, Programa de Doutoramento, Faculdade de Direito-Faculdade de Economia, Universidade de Lisboa, Lisboa, página 2.

<sup>17</sup> DL n.º 44.288 de 20 de Abril de 1962.

<sup>18</sup> NARCISO s/d:2 e 3.

*menores delinquentes não podia permanecer numa óptica estritamente protecionista, que os percepcionava como meras vítimas da sociedade, relegando-se para segundo plano a análise e prova dos factos indiciados na participação. Havia que responsabilizar menores agentes de infracções criminais pelo actos por si praticados (...)*<sup>19</sup>.

Em 1999 e, introduzindo a reforma necessária da OTM, é aprovada a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo<sup>20</sup>, doravante LPCJP, e a Lei Tutelar Educativa<sup>21</sup>, doravante LTE.

Tanto a LPCJP como a LTE foram impulsionadas pelo princípio primordial da CDC. Fomentam a promoção do direito para o interesse superior da criança<sup>22</sup> que, tal como atualmente, é um princípio fundamental a respeitar. As decisões tanto em contencioso civil como em contencioso penal são casuísticas, sempre com atenção ao critério do interesse superior da criança por serem vítimas frágeis e vulneráveis perante os adultos. Estes dois diplomas concederam a tutela que os menores careciam, aplicando medidas necessárias e fazendo a destrição entre as situações em que os menores eram efetivamente delinquentes e não estavam predispostos a participar na vida em comunidade seguindo os valores cívicos, morais e as normas sociais<sup>23</sup> das situações em que necessitavam de proteção e apoio.

Aos menores são reconhecidos pela Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, direitos fundamentais como o princípio da dignidade humana; direitos liberdades e garantias, direitos económicos, sociais e culturais, como o direito à liberdade, à integridade, à vida<sup>24</sup>. Consagra ainda normas específicas de proteção à infância e à juventude<sup>25</sup>, como um direito que as crianças e os jovens têm, impondo-se assim um

---

<sup>19</sup> 2013, *Das primeiras leis de proteção da infância e juventude em Portugal à entrada em vigor da L.P.C.J.P.*, In: Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas n.º 22, Porto, página 155.

<sup>20</sup> Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

<sup>21</sup> Lei n.º 166/99 de 14 Setembro.

<sup>22</sup> Introduzido anteriormente na DDC de 1959 mas sem sucesso.

<sup>23</sup> Não reforçavam somente os direitos das crianças e jovens, mas também os consciencializavam para a reciprocidade dos mesmos e os seus deveres para com a comunidade.

<sup>24</sup> Artigos 24º, 25º e 26º, todos da CRP.

<sup>25</sup> O artigo 69º da CRP sob a epígrafe “Infância” consagra o seguinte: “1. As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.”;

O artigo 70º da CRP tutela a juventude “1. Os jovens gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: a) No ensino, na formação profissional e na cultura; b) No acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social; c) No acesso à habitação; d) Na educação física e no desporto; e) No aproveitamento dos tempos livres. 2. A política de juventude deverá ter como objetivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efetiva integração na vida ativa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à

respeito imperativo pelo livre desenvolvimento e formação como um membro da sociedade que carece de uma tutela especial conferida pelo Estado<sup>26</sup>.

Já em 1976, os menores estavam tutelados constitucionalmente no artigo 69º n.º 2 que os protegia contra os poderes de correção abusivos que sofriam dos familiares.

Todas as alterações legislativas contribuíram para que, o Código Civil de 1977, eliminasse a autoridade excessiva atribuída aos pais com o poder de correção, alterando a consagração do artigo 1884º para o dever de obediência dos filhos para com os pais. Ao jovem, mediante a sua maturidade, é reconhecido o seu direito a participar nas decisões da própria vida<sup>27 28</sup>. Mas, em semelhança do que tem vindo a ser escrito, também se tutela os direitos das crianças com um método preventivo para que não se perca socialmente o estatuto criado para as crianças não obstante a possibilidade dos jovens adultos<sup>29</sup> poderem ser punidos pela prática do crime como meio de equilíbrio social e de reeducação do jovem delinquente. Já o Código Penal, desde 1886 que previa e prevê como crime a exposição e abandono do infante.

O interesse superior da criança também marca o direito processual penal, atuando como um limite negativo de modo a adequar as garantias processuais e a obtenção de prova limitado pela proteção da criança. As diretivas da CDC, nomeadamente o princípio do interesse superior da criança são um critério processual, como refere Fernando Silva “(...) *todo o poder judicial está obrigado a conceber e fazer cumprir estas diretivas, no sentido que os interesses próprios da criança sejam considerados prioritários em todas as ações em que as crianças sejam intervenientes.*”<sup>30</sup>. Submete-se os demais interesses face este princípio.

---

comunidade. 3. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as coletividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objetivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude.”.

<sup>26</sup> Veja-se ainda os artigos 36º n.º 5, 67º e 68º todos da CRP.

<sup>27</sup> Veja-se os artigos 1878º n.º 2, 1886º, 1901º n.º 2, 1981º n.º 1 alínea a), 1984º todos do Código Civil.

<sup>28</sup> LANSDOWN, Gerison, explica que as crianças começam a desenvolver a sua habilidade para tomar decisões sozinhas quando para tal são encorajadas, devendo estar envolvidas nas decisões que sobre as mesmas sejam tomadas, 1998, In: *Children's rights: proposals for new education legislation*, In: Education, public law and the individual, Volume 3, n.º 1 (Abril.), Londres, página 8.

<sup>29</sup> Segundo DUARTE-FONSECA, António Carlos “*A designação jovens adultos, numa perspetiva sócio-criminológica, visa abranger todos os indivíduos que, tendo deixado a adolescência, não adquiriram ainda a autonomia e a maturidade pessoais implicadas na inserção e interação social que traduzem a vida adulta.*” 2001, *Interactividade entre penas e medidas tutelares: contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 11, Fascículo 2.º, (Abril-Junho), Coimbra, página 252 e 253.

<sup>30</sup> 2009, *Representação dos menores em processo penal*, In: Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra, Coimbra Editora, página 774.

Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores são crimes muito presentes na sociedade que chocam e perturbam o cidadão. Tratam-se de crimes com consequências mais gravosas, onde ocorre uma dupla lesão, a lesão do bem jurídico e a lesão psicológica por ocorrer um acontecimento traumatizante para as crianças.

Os danos psicológicos ocorrem, não só quando o menor é abusado sexualmente, mas também, por exemplo, quando este abuso é documentado e divulgado para terceiros assistirem como sucede no crime de pornografia de menores. Esta situação traumatizante não se restringe apenas ao abuso, mas também aos materiais produzidos pelo agente<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> De acordo com o relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho que avalia a execução das medidas referidas no artigo 25.º da Diretiva 2011/92/UE, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, página 3, disponível a 3/02/2019 em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0872&from=EN>.



## 2. Os crimes contra a autodeterminação sexual

Na redação inicial do Código Penal de 1982 os crimes sexuais criminalizavam as condutas que atentavam contra bons costumes, o pudor, a honestidade, e a moral sexual ditados pela sociedade<sup>32</sup>.

Este colocava os crimes sexuais no Capítulo “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” e ainda no título III “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, conceções alteradas com a revisão de 1995 abandonando um direito penal sexual que tutelava a honestidade, os costumes, práticas realizadas na intimidade por adultos que nelas consentem, consideradas anormais, imorais e ainda, contra a lei natural da natureza, como se referia aquando dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo<sup>33</sup>. Com as alterações de 1995 e 1998 o código penal pretendeu afastar os crimes sexuais da moralidade sexual que pairava sobre os mesmos nomeadamente com incriminações de “atentado ao pudor”, autonomizando o direito dos valores morais; um comportamento desaprovado na moralidade social sexual não carece necessariamente de intervenção penal. Neste seguimento afastou-se a ideia de tutela da moral, pudor público e bons costumes para tutelar a liberdade e a autodeterminação sexual.

Ora é sabido que para haver intervenção penal, com natureza *ultima ratio*, é necessário haver um bem jurídico que mereça essa tutela, não há intervenção sem esta premissa, não deve seguir-se somente pelas crenças ou valores ditados pela sociedade. O legislador não deve ser influenciado por crenças ou valores moralísticos, ou seja, os agentes não devem ser punidos por comportamentos que sejam desaprovados moralmente, mas sim comportamentos que ofendam a individualidade de cada pessoa na sociedade<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Neste sentido veja-se NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, 1985, “O conteúdo de algumas normas jurídicas coincide de facto com as exigências da moral social e, no direito penal, o legislador proíbe por vezes o que é moral e socialmente condenado, e impõe o que é do ponto de vista ético-social obrigatório” *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, Almedina, página 65 e 66.

<sup>33</sup> ANTUNES, Maria João, 2010, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, In: *Julgar* n.º 12 (especial) (Setembro-Dezembro), página 154 e 155. Também neste sentido pronunciou-se RAPOSO, Vera Lúcia, 2003, “Um ordenamento conservador e moralista não abdicará da imposição de um certo tipo de relação sexual: relação heterossexual, entre pessoas casadas, consubstanciada na cópula. Paradoxalmente, poderá revelar-se liberal em questões como a não incriminação de certas ofensas sexuais (nomeadamente violações dentro do matrimónio) ou desculpabilizando o marido que assassina a esposa adúltera.” *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, In: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, página 933.

<sup>34</sup> REGO, Joana Mota, 2016, *Pedopornografia virtual total e aparente - Ilegitimidade da intervenção penal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, página 66.

Atualmente, integram nos crimes contra a autodeterminação sexual os crimes de abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes, de atos sexuais com adolescentes, de recurso à prostituição, de lenocínio, de pornografia de menores e o aliciamento deste para fins sexuais. Todos os referidos integram o Capítulo V, Secção II do Código Penal.

Nesta secção encontram-se tipificadas crimes contra menores que, aquando praticadas entre adultos à partida não estariam tipificadas como crime ou teriam uma menor gravidade. Estes crimes por envolverem menores, elevam a proteção do bem jurídico uma vez que, tal como já referimos, encontram-se ainda em fase de desenvolvimento e não possuem ainda todas as condições e conhecimentos para praticar os mesmos atos que os adultos<sup>35</sup>.

Lograremos desenvolver somente a pornografia de menores.

---

<sup>35</sup> Veja-se neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, página 711 e 712; ainda GERSÃO, Eliana, 1997, afirma que “Nos “crimes contra a autodeterminação sexual” têm-se em vista certos factos que só são crime pela circunstância de serem cometidos com ou em relação a um menor”, *Crimes sexuais contra crianças: O direito penal português à luz das resoluções do Congresso de Estocolmo contra a exploração sexual das crianças para fins comerciais*, In: *Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social*, n.º 2 (Abril-Junho), Lisboa, página 13.

## 2.1 Pornografia de menores

Os meios digitais potenciaram e facilitaram a expansão da pornografia de menores. As novas tecnologias forneceram uma plataforma para a divulgação dos materiais pornográficos permitindo aos consumidores acederem a esta categoria de pornografia. Porém, não se trata de uma prática recente originária das tecnologias, já há mais de duas décadas que o Código Penal incrimina algumas das condutas que podemos identificar no atual artigo 176º do mesmo.

### i. O conceito “Pornografia de menores”

O legislador português deixou o conceito por definir, logo importa esclarecer o que se considera por pornografia de menores de acordo com normas que vinculam Portugal, nomeadamente internacionais e europeias.

No artigo 9º n.º 2 da Convenção sobre o Cibercrime “(...)a expressão «pornografia infantil» deverá abranger todo o material pornográfico que represente visualmente: a) Um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos; b) Uma pessoa com aspecto de menor envolvida em comportamentos sexualmente explícitos; c) Imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos.”<sup>36</sup>.

Para efeitos do Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos das Crianças relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, no seu artigo 2.º alínea c), entende-se por pornografia de menores, em semelhança com a convenção supra citada, a criança que desempenhar actividades sexualmente explícitas; a representação dos seus órgãos sexuais com intuito de os sexualizar, ou qualquer tipo de meio que a represente, nomeadamente um adulto que esteja a interpretar a “personagem” de uma criança, no caso de um filme pornográfico, acrescentando a sua simulação e a possibilidade de se apresentar por qualquer tipo de material e não somente visual, acrescentando assim as gravações.

Já para a Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JI, no

---

<sup>36</sup> Também designada por Convenção de Budapeste, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 91/2009, de 15/09, publicada no Diário da República I, n.º 179 de 15/09/2009, disponível a 28/12/2018 em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf>.

seu artigo 2º alínea c), mantém a tipificação da prática de comportamentos de teor sexual explícitos mesmo que simulados, desde que em material para o consumidor visualizar como um filme ou uma imagem, não abrangendo a gravação. Em semelhança com os instrumentos suprarreferidos, tipifica as imagens realistas, acrescentando a especificação das imagens realistas da genitália dos menores e também a de adulto que se assemelhe a uma criança. Saliente-se que as imagens captadas de naturalismo, ainda que de crianças, de acordo com o contexto em que se inserem, a serem captadas, são apropriadas como é o caso do trabalho do fotógrafo Sally Mann e por isso não se adequará à categoria de pornografia. O facto destas imagens poderem causar desejos sexuais não lhes atribui um carácter pornográfico<sup>37</sup>.

Poderá então entender-se por pornografia de menores os materiais que envolvam um menor na prática efetiva de comportamentos sexualmente explícitos, provocadores ou com a exibição dos órgãos sexuais ou partes púbicas dos mesmos tendo como objetivo estimular sexualmente o consumidor através de diversos meios, em suporte físico ou digital nomeadamente, fotografias, videos ou gravações.

Em sentido contrário quanto à terminologia “pornografia de menores” para definir esta criminalização, no entendimento da EUROPOL, a mesma não se afigura a mais correta, uma vez que, o uso da palavra “pornografia” remete para a prática de atos sexuais consentidos e entre adultos. Contudo, a pornografia entre adultos não é crime e com uso da expressão “de menores” presume-se que houve um consentimento por parte dos mesmos e que para tal deveria ser adotado a terminologia “imagens de abusos sexuais de crianças”<sup>38</sup>. Porém, consideramos que o termo “pornografia de menores” é reconhecido internacionalmente e adotado por todos os instrumentos legislativos que temos vindo a referir<sup>39</sup>.

Importa agora aprofundar quem se pode considerar menor para o preenchimento do tipo, nomeadamente da vítima.

---

<sup>37</sup> TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel, 2003, *Child pornography: an Internet crime*, New York, Brunner-Routledge página 3 e 4.

<sup>38</sup> Disponível a 28/12/2019 em:

<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/joint-action-in-22-european-countries-against-online-child-sexual-abuse-material-in-internet>.

<sup>39</sup> No mesmo sentido TAYLOR e QUAYLE 2003:7; FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, 2014, *A Pornografia de Menores: conceitos e terminologia*, In: Revista de Direito e Segurança, n.º 4, Ano II (Julho-Dezembro), Lisboa, página 82; OST, Suzanne, 2009, *Child Pornography and Sexual Grooming Legal and Societal Responses*, New York, Cambridge University Press, página 32.

## 2.1.2 A menoridade

Antes da alteração do Código Penal introduzida pela Lei n.º 59/2007<sup>40</sup>, de 4 de Setembro a menoridade no crime de pornografia encontrava-se consagrada até aos 14 anos de idade no âmbito do abuso sexual contra menores<sup>41</sup> e, no abuso sexual de menores dependentes, menores entre os 14 e os 18 anos. Este conceito de menor sofre alterações quando, em 2007, se estabelece a menoridade até aos 18 anos de idade<sup>42</sup> e não somente 14 ou 16 anos de idade. Contudo, alargou-se a proteção a estes atribuída em conformidade com o conceito jurídico consagrado no artigo 122º do Código Civil<sup>43</sup>, determinando a maioridade quando perfizerem os 18 anos de idade.

À idade associa-se uma noção de mais ou de menos maturidade, desenvolvimento cognitivo e físico. É certo que este critério poderá ser generalizador uma vez que, duas pessoas podem ter a mesma idade e possuírem níveis de maturidade e desenvolvimento diferentes<sup>44</sup>. Porém, nos crimes da natureza suprarreferida, pretende-se proteger quem ainda não tenha passado por determinado processo para adquirir capacidades inerentes a um desenvolvimento saudável. É possível afirmar que de facto a capacidade de pensamento, compreensão e orientação da vontade de um adulto não é a mesma que a de um jovem de 14 anos e, deste modo, foi necessário encontrar unanimidade quanto à menoridade. Há um consenso de que aos 18 anos de idade, o jovem adulto já está numa fase em que a noção dos seus direitos e deveres, pela própria maturidade, está minimamente assegurada, por já ter passado pelas fases de crescimento mais frágeis das quais se exige uma tutela especial.

Decorrente esta alteração da Proposta de Lei n.º 98/X, de 7 de Setembro de 2006 *“Os tipos incriminadores do lenocínio e da pornografia, por seu lado, são ampliados e reportam-se agora a todos os menores e não apenas a menores de dezasseis ou de catorze anos.”*<sup>45</sup>. Esta alteração foi de encontro com outras consagrações legislativas.

---

<sup>40</sup> Disponível a 28/12/2019 em:

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=930&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis).

<sup>41</sup> Integrado no n.º 3 alínea a) e b) do artigo 172º de 2001, atual artigo 173º do Código Penal.

<sup>42</sup> Com a autonomização do crime de pornografia de menores retira-se a especificação da idade do menor, passando a consagrar somente a expressão “menor”.

<sup>43</sup> Lei n.º 47344/66 de 25 de Novembro.

<sup>44</sup> ALFAIATE, Ana Rita, 2017, *O artigo 19.º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade penal em razão da idade*, In: Revista do CEJ, n.º 1, 1º semestre, página 160.

<sup>45</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, disponível a 14/02/2019 em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/revisao-do-codigo-penal/downloadFile/attachedFile\\_f0/Proposta\\_de\\_Lei\\_98-X-2.pdf?nocache=1205856345.98](http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/revisao-do-codigo-penal/downloadFile/attachedFile_f0/Proposta_de_Lei_98-X-2.pdf?nocache=1205856345.98).

De acordo com o artigo 1.º da CDC “(...) *criança é todo o ser humano menor de 18 anos.*”<sup>46</sup>.

O artigo 2.º aliena a) da Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e pornografia infantil entende por criança “(..) *uma pessoa com menos de 18 anos de idade;*”.

Também a Convenção sobre o Cibercrime expressa no artigo 9º n.º 3 que “(..) *a expressão «menor» deverá abranger qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade*”. A fixação aos 18 anos de idade poderá ser considerada como um limite máximo de proteção assegurando um desenvolvimento saudável livre, inerente à dignidade da pessoa<sup>47</sup>. Tal alteração provém da falta de indicação pelo próprio legislador, por pretender que se entendesse por menor, indivíduo com menos de 18 anos<sup>48</sup>.

Concorda-se com a posição adotada com a alteração. A maturidade de um menor não poderá ser avaliada de forma unânime para todos nas diferentes fases de crescimento, assegura-se assim a coerência de menoridade legislativa em que se presume o livre e completo desenvolvimento do jovem até aos 18 anos de idade. Para Maria João Antunes a extensão da menoridade para além dos 16 anos não se fundamenta na proteção do desenvolvimento sexual do menor, da liberdade e autodeterminação sexual deste<sup>49</sup>. A proteção do menor vai alterando consoante a capacidade de autodeterminação permitindo que este tome decisões para a execução de atos de natureza sexual, sucede assim a distinção do legislador aquando dos crimes cometidos com menores de 14 anos e menores de 16 anos<sup>50</sup>.

Porém, como veremos no ponto seguinte, não consideramos que o limite máximo de proteção represente uma limitação para a liberdade sexual uma vez que, poderá consentir ou acordar em determinados comportamentos.

---

<sup>46</sup> No artigo 12º consagra ainda o direito da criança se exprimir sobre questões que seja do seu interesse e que a mesma seja considerada em função da sua idade e maturidade. Permite à criança construir os seus próprios pensamentos sobre determinadas questões.

<sup>47</sup> ANTUNES, Maria João, 2005, *Crimes contra Menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, volume 81, página 64.

<sup>48</sup> Se tal não fosse a sua intenção, o legislador teria fixado uma idade em semelhança ao consagrado para o n.º 4 do artigo 176º.

<sup>49</sup> 2008, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores*, In: Revista do CEJ, n.º 8 (especial), 1º Semestre, página 209. Ainda neste sentido pronuncia-se ALFAIATE, Ana Rita, 2009, “(..) *não pode circunscrever-se à aceitação de que o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual precisa de ser protegido até aos dezoito anos (...)*”, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora, página 97.

<sup>50</sup> Artigo 172º e 173º do Código Penal por exemplo.

## i. O consentimento do menor

Como já referimos, a pornografia de menores, tutela todos os indivíduos com idade inferior a 18 anos de modo a salvaguardar um crescimento saudável e livre, porém, inerente ao desenvolvimento da personalidade está o próprio desenvolvimento da liberdade sexual. O jovem poderá ganhar a iniciativa para praticar atos sexuais ou deste cariz como um acontecimento natural do crescimento e manifestação da liberdade sexual. Como elucida Inês Ferreira Leite, nem todas as condutas sexuais praticadas por menores causam repressões ao seu livre desenvolvimento<sup>51</sup>. Não obstante o que foi dito, até o menor possuir maturidade para tal, ultrapassando limites impostos pela própria idade, este deve ser preservado das lesões que as atividades sexuais prematuras poderão originar<sup>52</sup>. As experiências e contacto com o mundo sexual devem acontecer naturalmente e quando estes assim decidam. O início precoce da atividade sexual sem quaisquer ligações afetivas gera a “coisificação” do menor ao ser utilizado para obtenção de prazer<sup>53</sup>.

A tutela até aos 18 anos como um limite máximo parece-nos o mais acertado, no entanto, em excesso poderá reprimir o próprio crescimento do menor, assim como a liberdade sexual. De acordo com Karl Natscheradetz “*A vida sexual pertence ao domínio privado e o direito penal deve limitar-se a garantir uma situação em que o leque de opções ao alcance do indivíduo seja o maior possível, imperando assim um máximo de liberdade pessoal na esfera da sexualidade.*”<sup>54</sup>.

Visar o consentimento para excluir a responsabilidade do agente vai de encontro com o estipulado na Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Sendo da prerrogativa dos Estados-Membros decidirem quanto à validade do consentimento<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> LEITE, Inês Ferreira, 2004, *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Coimbra, Almedina, página 36 e 37; em conformidade, ALFAIATE 2009:90 e 91.

<sup>52</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, 2004, *Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, página 396.

<sup>53</sup> PATTO, Pedro Vaz, 2001, *Direito penal e ética*, In: Direito e Justiça, Volume XV, Tomo 2, Lisboa, página 137.

<sup>54</sup> NATSCHERADETZ 1985:140.

<sup>55</sup> Conforme consta no artigo 8.º, os Estados membros poderão excluir a responsabilidade de quem assiste espetáculos pornográficos envolvendo menores que tiverem atingido a maioridade sexual, se, esses mesmos atos sexuais forem realizados com outro menor de idade semelhante e no mesmo nível de desenvolvimento, maturidade, tanto física como psicológica. Estes atos não poderão ser remunerados ou a título de qualquer incentivo de qualquer espécie que alicie à sua prática. O jovem terá de participar de livre vontade e conscientemente, sem expectativas de recompensas quer estas sejam monetárias ou não. Poderão ainda consentir na participação de pornografia desde que não comporte qualquer abuso para o menor; assim como na aquisição ou posse de terceiros.

Seguindo a consagração do Código Penal no artigo 38 n.º 3<sup>56</sup>, o jovem maior de 16 anos, por exemplo, poderá, de livre vontade, divulgar as suas próprias fotografias nuas ou seminuas num contexto sexual, estando consciente desta conduta; desde que, possua maturidade para entender no que está a consentir ao partilhar as mesmas. Assim, através do consentimento, a ilicitude é afastada. Este consentimento deverá ser dado de livre vontade, sem que ocorra a corrupção de terceiros na formação desta e deve ser respeitado dentro dos limites em que foi dado.

Salientamos ainda que o recurso às recompensas nomeadamente monetárias para cativar a atenção do menor, acabam por corromper o *livre* consentimento, especialmente perante carências económicas, participando nos atos pornográficos em troca de dinheiro<sup>57</sup>. Se o menor for aliciado para a produção de qualquer material pornográfico já não estaremos perante o consentimento. Neste caso o menor não dispôs do seu próprio corpo de livre arbítrio, foi sim seduzido a fazê-lo e deste modo, há uma lesão do bem jurídico que a norma visa tutelar.

Maria Silva Dias, defende ser indiferente o consentimento do menor na participação de espetáculos ainda que tenha 16 anos de idade e na altura do consentimento esteja consciente para avaliar o que está a consentir<sup>58</sup>.

Porém, a figura do consentimento só é aplicada quando o bem jurídico protegido não for pessoal, nestes casos, a conduta continua a ser típica mas, o consentimento da “vítima”, irá ao alcance de excluir a ilicitude da conduta.

Para Pámela Teixeira Silva o consentimento pode ser dado antes dos 16 anos se de facto o menor possuir discernimento e capacidade para tal, uma vez que se assim não ocorresse a liberdade sexual do menor seria injustificadamente restringida. A autora elucida que, a partir dos 14 anos, os menores possuem mais maturidade, não obstante esta deve ser analisada casuisticamente<sup>59</sup>.

Utilizando a hipótese acima referenciada, um jovem com mais de 16 anos ao enviar deliberadamente uma fotografia para o namorado ou namorada entre as mesmas idades que para efeitos do artigo 176º do Código Penal seja considerada pornográfica,

---

<sup>56</sup> “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.”.

<sup>57</sup> LEITE, Inês Ferreira, 2011, *A Tutela Penal da Liberdade Sexual*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 1 (Janeiro-Março), Lisboa, página 53 a 57.

<sup>58</sup> 2013, *Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, In: Revista do Ministério Público, Ano 34, n.º 136 (Outubro-Dezembro) Lisboa, página 92.

<sup>59</sup> 2017, *Limites à incriminação na Pornografia de Menores: A tutela da liberdade de criação artística*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, página 42 e 43.



este(a) ao receber a imagem, detém-na. Ora, nos termos do n.º 5, do referido artigo, preenche-se o tipo legal pela idade do agente e conduta. Neste caso não é possível identificar que bem jurídico foi lesado ou colocado em perigo. Não houve lesão para o menor, não tendo sido aliciado para tal, manifestou a sua vontade de enviar o ficheiro. O consentimento, não só exclui a ilicitude como também permite ao jovem expressar-se sexualmente através de prática de atos sexuais voluntários, tendo como limite a liberdade sexual do parceiro(a)<sup>60</sup>. Nestes casos, antes dos 16 anos, não será possível haver consentimento que exclua a ilicitude da conduta. Citando Manuel da Costa Andrade “(...) *é certo que o sacrifício da liberdade, que a intervenção do direito penal já de per si configura, tem como contrapartida exclusiva o sacrifício da liberdade, da pessoa concreta de cuja tutela se reivindica.*”<sup>61</sup>.

Pretendemos então frisar que o consentimento é válido dentro dos limites em que foi acordado, e somente provindo de maiores de 16 anos<sup>62</sup>, assumindo que já estão mais maduros e desenvolvidos para manifestar a sua vontade de forma espontânea e autónoma. É necessário que estes possuam discernimento para tal, porém só poderá haver consentimento se for autorizado por quem a norma pretender tutelar<sup>63</sup>.

## ii. O acordo do menor

No entanto, será que a vontade dos menores só terá valor a partir dos 16 anos? De facto, o consentimento só poderá ser aplicado nos termos expostos. Contudo se o menor tiver capacidades para manifestar a sua vontade, maturidade suficiente e se o bem jurídico protegido for pessoal, poderá acordar nos atos, o que excluirá a tipicidade da conduta<sup>64</sup>.

Conforme expressa Ana Rita Alfaiate, através do acordo no ato de teor sexual e usufruindo o menor do exercício da liberdade sexual, encontra-se manifestado o interesse

---

<sup>60</sup> No mesmo sentido pronuncia-se ROXIN, Claus, 2013, *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da normal penal posto à prova*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Coimbra Editora, Ano 23, n.º 1 (Janeiro-Março), página 18 e seguintes.

<sup>61</sup> ANDRADE 2004:395.

<sup>62</sup> No n.º 6 só se incrimina o agente que assista a espetáculo pornográfico envolvendo menores de 16 anos, presume-se assim que a partir dos 16, o jovem poderá consentir para esses efeitos. Veja-se ainda ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes, 2010, *O crime de detenção de pseudopornografia infantil – Evolução ou Involução?* In: Julgar n.º 12 (especial) (Setembro-Dezembro), página 213 e 214.

<sup>63</sup> A incriminação da posse do material pornográfico com a intenção de divulgação tutela um bem jurídico supra individual como defende ALFAIATE 2009:128, com a conduta há um desvalor autónomo perante a conduta consentida pelo menor, apesar deste não afastar a ofensividade.

<sup>64</sup> Assim LEITE 2004:89 e seguintes. No mesmo sentido pronuncia-se LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Calado, 2015, *Crimes Sexuais: Análise substantiva e processual* Coimbra, Coimbra Editora, 2015:202.

do titular dessa liberdade, confirmando a adequação social da conduta praticada pelo agente<sup>65</sup>. Esclarece ainda a autora que tendencialmente a idade para ocorrer um acordo válido será os 14 anos, porém será necessário atender a outros fatores, como a maturidade e capacidade para manifestar a vontade<sup>66</sup>. A formação da vontade é influenciada pelo processo de socialização no qual, o menor, obtém as competências para decidir<sup>67</sup>.

De acordo com o Acórdão do Tribunal Constitucional no âmbito do processo n.º 566/2003 “(...) *com fundamento na perspectiva de que a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados actos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento. É que relativamente ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.*”<sup>68</sup>.

O acordo só será válido nos termos em que foi dado, excluindo-se, portanto, os casos em que o menor é aliciado para a participação de pornografia porque, desse modo, não estaremos perante um acordo válido e eficaz. Estando ao dispor do menor o bem jurídico que a norma visa tutelar, desde que possua maturidade e discernimento para tal; não faria sentido que a tipicidade se mantivesse existindo acordo, o que retiraria o propósito da norma: a tutela do menor<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> ALFAIATE 2009:126.

<sup>66</sup> *Idem* página 139. Ainda neste âmbito LEITE 2004:94, “(...) *abaixo de uma certa idade, não se poderá falar nunca de um acordo válido por parte do menor(...)*”; Para GERSÃO 1997:19, quando jovens com idades próximas tenham comportamentos sexuais, desde que não haja abuso, o direito penal não deve intervir. Possibilitando assim, a disposição da sua sexualidade.

<sup>67</sup> TEIXEIRA SILVA 2017:43.

<sup>68</sup> De 10 Março de 2004, relatora Maria Fernanda Palma, disponível a 02/04/2019 em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html>.

Em sentido semelhante pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1 “*As crianças e adolescentes têm o seu exercício limitado pelo seu grau de desenvolvimento bio-psicossocial, e para assegurar o exercício da sua sexualidade, a regular de modo emancipatório e não meramente repressivo, o Estado deve proteger esses cidadãos dos “vícios de consentimento”*” de 17 de Maio de 2017, relator Pires da Graça, disponível a 02/04/2019 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b2a68cd0be9c27b98025812500386eb1?OpenDocument>.

<sup>69</sup> Neste sentido pronuncia-se CARVALHO, Tássia Puga Cardoso Brabo de, 2014, ao afirmar que as atividades sexuais consideradas incomuns ou desaprovadas socialmente devem ser diferenciadas das condutas criminalmente tipificadas pelo que, não podem merecer intervenção penal só com fundamento na moral social, terá de ser analisado que bem jurídico foi lesado, *Pornografia Infantil Virtual: O Bem Jurídico em Questão*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, página 72.

Como elucida José Díez Ripollés, “(...) o crime surge como uma conduta contrária à vontade da vítima – é ela quem detém a disponibilidade do bem e só quando a sua vontade não possa ser atendida é que é possível falar em crime.”<sup>70</sup>.

É certo que nem todas as condutas sexuais dos menores terão um efeito negativo, aliás, faz parte do crescimento e de um desenvolvimento saudável o interesse e a vontade de dispor do próprio corpo; ao desconsiderar a sua vontade, estar-se-ia a reprimir a própria liberdade sexual, o que se tornaria intolerável. Para Inês Ferreira Leite, se se desconsiderar o acordo, estar-se-ia a afirmar que as experiências sexuais praticadas por menores têm sempre um efeito negativo e, portanto, violam a liberdade sexual deste<sup>71</sup>. A Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil frisa, no considerando 20, a abstenção dos Estados regularem as atividades sexuais nas quais os menores consentam desde que sejam consideradas normais para a descoberta e desenvolvimento sexual.

Para Gianpaolo Benincasa, “*Não se trata do consentimento numa lesão mas antes do próprio exercício do direito de liberdade, decidindo positivamente e por si mesmo no que ao seu próprio corpo respeita.*”<sup>72</sup>.~

Antecipando o que iremos aprofundar no tópico 4, algumas das condutas tipificadas estão ao alcance do menor, ou seja, tutelam um bem jurídico pessoal. Deste modo, o menor poderá antes dos 16 anos acordar na prática destes atos, uma vez que, se assim não fosse, estaríamos perante uma restrição da liberdade sexual, atendendo à sua maturidade, desenvolvimento, capacidade de compreensão da conduta e inexistência de elementos que sujeitem ou pressionem o menor a acordar.

Assim, a liberdade sexual tanto pode impor a intervenção penal como a pode afastar através do consentimento e do acordo, sendo necessário equilibrar a tutela deste bem jurídico para que não reprima de modo excessivo o próprio menor e conexamente o seu livre desenvolvimento na esfera sexual<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Apud ALFAIATE 2009:131.

<sup>71</sup> LEITE 2004:91.

<sup>72</sup> Apud ANDRADE 2004:508.

<sup>73</sup> ALFAIATE 2009:87 e 88 esclarece que “pela realização da vertente positiva da liberdade sexual do indivíduo que se vão ditando também os freios da intervenção penal” elucida ainda que “Quanto maior for o leque de condutas punidas, quanto mais regulada estiver a experiência da sexualidade pelo menor, mais ínfimo é o espaço deixado à sua decisão individual”.

### 2.1.3 A autonomização do crime de pornografia de menores

Com a reforma de 2007 do Código Penal, o legislador não só alarga o âmbito de proteção quanto às condutas que atualmente integram o tipo legal do crime de pornografia de menores com a consagração da menoridade, como também autonomiza o crime supra identificado correspondendo com o tipificado nas normas europeias e internacionais que mencionámos anteriormente<sup>74</sup>.

A revisão do Código de 1982<sup>75</sup> criminalizava a pornografia de menores no artigo 172º<sup>76</sup> (correspondente ao atual 171º) sob a epígrafe "Abuso sexual de crianças"<sup>77</sup> e ainda no artigo 173º, (atual 172º), "Abuso sexual de adolescentes e dependentes"<sup>78</sup>. Até 2007 não havia uma criminalização autónoma da utilização de menores em pornografia; com a autonomização foram introduzidos novos comportamentos como o aliciamento do menor, a produção, distribuição, importação, exportação e divulgação de materiais pornográficos, tal como os n.ºs 3 a 5 do atual artigo 176º, que não tinham base em artigos anteriores.

Esta criminalização pretendeu alcançar a todas as formas utilizadas de distribuição e fabricação de pornografia para "(...) *desmotivar os próprios consumidores de pornografia (...)*"<sup>79</sup> e incriminar as referidas condutas contra menores de 18 anos de idade. Poderá entender-se que a alteração foi concretizada não só devido a episódios publicamente conhecidos que alertaram Portugal para os crimes sexuais cometidos contra menores como o processo "(...) *Casa Pia e dos impulsos de paternalismo e fundamentalismo moralistas que provocou em certos sectores da sociedade portuguesa (...)*"<sup>80</sup>, mas também como o desenvolvimento das tecnologias permitem a propagação

---

<sup>74</sup> Nomeadamente a Decisão-Quadro 2004/68/JAI e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil.

<sup>75</sup> DL n.º 48/95 de 15 de Março.

<sup>76</sup> A Lei 65/98 de 2 de Setembro acrescenta ao artigo suprarreferido a exibição ou cedência de materiais pornográficos.

<sup>77</sup> No n.º 3 da alínea b) constava o seguinte: "*Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos, ou o utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográficos; é punido com pena de prisão até 3 anos.*"

<sup>78</sup> O n.º 2 do referido artigo consagrava: "*Quem praticar acto descrito nas alíneas do n.º 3 do artigo 172.º, relativamente a menor compreendido nas alíneas do número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano.*"

<sup>79</sup> LOPES e MILHEIRO 2015:191.

<sup>80</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, "*Bruscamente no verão passado*", a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra Editora, página 34.

deste crime. Com o crescimento da era digital, a difusão de atos sexuais praticados com menores em formato fotográfico ou cinematográfico torna-se viral.

A pornografia de menores integra atualmente o capítulo V do Código Penal sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” na sua segunda parte, “Crimes contra a autodeterminação sexual”, artigo 176º “Pornografia de menores”.

### 3. Tipicidade

#### 3.1 Tipo de ilícito objetivo

##### i. O agente e a vítima

O artigo 176º do Código Penal rege-se, tal como a generalidade dos crimes comuns, pelo anónimo “quem”. Ou seja, qualquer pessoa singular, quer do sexo feminino quer do sexo masculino, com mais de 16 anos<sup>81</sup> ou pessoas coletivas e entidades equiparadas, podem ser agente ou autor deste crime.

Quanto à vítima e em semelhança ao que já foi mencionado anteriormente, esta será qualquer indivíduo do sexo masculino ou do sexo feminino, com menos de 18 anos de idade, com exceção do n.º 6 que como veremos no tópico seguinte, abrange o menor até aos 16 anos. Salienta-se, no entanto, que na pornografia de menores com representação realista de menores nomeadamente na pornografia aparente e totalmente virtual, não é possível identificar uma vítima menor.

##### ii. As condutas

Atendendo ao que expusemos sobre este tipo de crime, promove-se uma proteção adequada com a reforma. Importa analisar as especificidades das condutas incriminadoras.

Consagra o n.º 1 alínea a) do artigo 176º do Código Penal o seguinte: “*Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;*”. O que se entende por uso de menor? Ora, poderá afirmar-se que o menor, indivíduo ainda em desenvolvimento, é usado por adultos que o incitam a participar em espetáculos pornográficos<sup>82</sup>. O adulto aproveita-se da situação de domínio para convencer o menor da normalidade da situação, através da desinibição, sedução (o designado *grooming*<sup>83</sup>) e até mesmo presentes ou

---

<sup>81</sup> Como já referimos anteriormente, os menores de 16 anos são inimputáveis e por isso não estão sujeitos a responsabilidade penal, como consagra o artigo 19º do Código Penal.

<sup>82</sup> A Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, define como espetáculo pornográfico “*Exibição ao vivo, destinada a um público, inclusive com recurso às tecnologias da informação e da comunicação, de: i) crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais.*”.

<sup>83</sup> SANTOS, Ana Isabel Correia dos, 2012, explica que “(...) a pornografia é por vezes utilizada como método de sedução durante o processo de grooming, de forma a convencer a criança de que participar em

qualquer outro tipo de suborno de forma a conduzir à prática de comportamentos de cariz sexual mesmo que não se envolva com este<sup>84</sup>. Não se faz qualquer distinção entre a sedução realizada sobre menores com a capacidade para consentirem e sobre os que não têm, pretendeu-se somente incriminar a conduta que corroa a formação da vontade do menor convencendo-o à prática dos atos descritos.

Por seu turno, a alínea b) criminaliza o uso de “*menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*”. Consagra-se, em semelhança da alínea anterior, o uso e o aliciamento do menor para tirar fotografias ou servirem-se deste como modelo; como ator na produção de filmes pornográficos ou gravação, todas consideradas pornográficas<sup>85</sup>, independente do suporte, quer seja físico ou informático.

Não poderemos considerar que as fotografias e os filmes reportam necessariamente à violência sexual. Max Taylor e Ethel Quayle frisam que nem todas as fotografias têm de conter abuso sexual, poderão conter crianças ou jovens nus ou parcialmente vestidos em poses consideradas sexuais ou provocativas<sup>86</sup>.

A Internet e os meios tecnológicos têm uma grande função na propagação de fotografias, filmes ou gravações com menores, sendo possível afirmar que é o meio mais fácil, cómodo e, com as facilidades que o ciberespaço oferece para atos ilegais<sup>87</sup>, assegurando a perpetração através do uso de computadores, na privacidade da casa do consumidor ou de quem pretenda divulgar o material pornográfico. São os meios mais populares para os consumidores da pornografia de menores.

Conforme elucida Maria de Fátima Fernandes “(*...*) a Internet assume especial relevância, a existência de crimes de abusos sexuais de menores, cujo bem jurídico

---

*atividades sexuais é não só normal como algo aceitável.*”, *Grooming sexual online de crianças*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, página 24.

<sup>84</sup> Como esclarece RODRIGUES, Ana Paula, 2011 “*Utilizar o menor, significa servir-se dele como participante a qualquer título, (actor, modelo), fazendo fotografias, filmes ou realizando tecnicamente a gravação, com qualquer dos meios a que tais alíneas se referem (...)*” *Novos desafios na investigação e recolha de prova digital*, In: Revista do CEJ, n.º 15, 1º semestre, Lisboa página 268.

<sup>85</sup> Com o intuito de provocar estímulo sexual.

<sup>86</sup> TAYLOR e QUAYLE 2003:5.

<sup>87</sup> Estas redes são cada vez mais sofisticadas permitindo ao agente manter o anonimato nomeadamente na *deep web*, que se trata de uma rede com um meio de acesso específico, à parte das redes e motores de busca comuns como o Google; as páginas estão protegidas por *passwords*, redes encriptadas, para o usuário comum que aceda ao lado mas conhecido e acedido da Internet. Estas comunidades por serem secretas, ajudam os consumidores a sentirem que os seus interesses sexuais são normais, na tentativa de eliminar qualquer sentimento de culpa, o que os leva à partilha de conteúdos e oferta de serviços ilegais, no chamado “mercado negro”. Neste sentido veja-se TAYLOR e QUAYLE 2003:9 e 10; CERVANTES, Pere; TAUSTE, Oliver, 2015, *Internet Negro: el lado oscuro de la red*, Barcelona, Temas de Hoy, página 223 a 233.

*ofendido é a autodeterminação sexual do menor e o objetivo penal é a proteção da infância e juventude.*”<sup>88</sup>. A autora esclarece ainda que, com a propagação facilitada, implicou o controlo da utilização da Internet pelas crianças, proibindo a criação e banindo os sites já existentes que ofereçam pornografia de menores através de legislação para esse efeito, possibilitando a apreensão do material pornográfico e perseguição criminal dos agentes<sup>89</sup>.

Com uma perspetiva distinta, segue-se a alínea c) que incrimina a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência através de qualquer meio que os materiais da alínea b) abranjam. Enquanto na alínea anterior reporta-se ao uso direto do menor por parte do agente, esta alínea expande a incriminação para um uso indireto<sup>90</sup>, ou seja, a produção e divulgação dos materiais pornográficos que poderá ser efetuada através de livros, Internet, telemóveis, tablets, cds, cassetes, todos os meios em que seja possível visualizar uma imagem, filme ou registar sons.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto no âmbito do processo n.º 4190/11.9TAGDM.P1, suscitou-se a questão quanto ao enquadramento do termo *download* nas condutas elencadas na alínea c). O Tribunal considerou que o *download* consubstancia numa importação/transferência para um computador ainda que no tipo legal não inclua o referido termo<sup>91</sup>.

Importa fazer uma breve distinção. Enquanto o produtor gera efetivamente uma lesão ao objetificar a criança ou o jovem, estando presente e fomentando a relação díspar entre ambos; o distribuidor por outro lado, se não tiver atuado como produtor, a conduta de divulgar não está tão intimamente ligada com a lesão como a de quem produz esses materiais. Porém, não deixa de aproveitar da lesão, independentemente de originar ou não lucro<sup>92</sup>.

Para além da prevenção de qualquer meio de divulgação da prática deste tipo de pornografia, o artigo alarga o âmbito de incriminação na alínea d) a quem tiver em sua posse os materiais pornográficos com a intenção de os partilhar<sup>93</sup>. Seguindo o exemplo de Maria Silva Dias, se o agente detiver material pornográfico e for ainda autor de uma

---

<sup>88</sup> FERNANDES 2014:58.

<sup>89</sup> *Idem* página 76.

<sup>90</sup> Veja-se neste sentido LOPES e MILHEIRO 2015:191 a 193.

<sup>91</sup> De 03 de Dezembro de 2014, relator Artur Oliveira, disponível a 02/04/2019 em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a34861811c35aad80257db0005000b5?OpenDocument>.

<sup>92</sup> No mesmo sentido OST 2009:107 e 108.

<sup>93</sup> “Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder;”.



página de Internet ou estiver integrado num grupo de *chat* no qual partilham esses conteúdos, deduz-se que o material em sua posse terá como propósito a divulgação na página de Internet ou no grupo e não somente para o consumo próprio<sup>94</sup>.

Deste modo, o n.º 1 incrimina o agente que use o menor em materiais pornográficos, o agente que os produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe, ceda; ou o agente que somente tenha em sua posse, mas com o propósito de os partilhar, sendo punido com uma pena até 5 anos em qualquer umas das condutas descritas.

Por sua vez o n.º 2 direciona-se mais para as condutas praticadas visando o lucro, *“Quem praticar os atos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.”*, razão pela qual a pena é mais severa aos agentes cuja comercialização dos conteúdos proibidos represente uma fonte de rendimento e/ou que retirem um enriquecimento patrimonial. Os lucros deste mercado atraem a adesão por parte de organizações criminais, pretendendo-se assim combater o tráfico da exploração sexual de menores.

Conforme se pronunciou o Acórdão do Supremo Tribunal no âmbito do processo n.º 4/10.5GBFAR.E1.S1, *“A pornografia infantil é uma indústria milionária, das mais crescentes na internet, sendo produzida ou realizada através de câmaras digitais e webcams, tornando-se um negócio fácil e barato, tanto pela distribuição como aquisição pelos utentes da internet”*<sup>95</sup>.

No n.º 3<sup>96</sup>, a conduta remete-se para os atos da alínea a) e b) do n.º 1, ou seja, o uso de menor em material pornográfico através do recurso à violência ou ameaça grave. Em semelhança com a alínea a) em que o agente utiliza as suas capacidades persuasivas para desinibir o menor, aproveitando-se da inocência e inexperiência de vida, no n.º 3, o agente usa a força, obrigando-o a participar nas atividades de teor sexual, razão pela qual a pena é de 1 a 8 anos.

O agente ao forçar o menor, independentemente de recorrer à força física ou psicológica, impede, claramente, que este exerça o seu direito à liberdade sexual. No entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, a ameaça é a manifestação do agente colocar

---

<sup>94</sup> SILVA DIAS 2013:93.

<sup>95</sup> De 12 de Novembro de 2011, relator Armindo Monteiro disponível a 05/03/2019 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1d8b5cc3dffa1fdc780257945005d3fef?OpenDocument>.

<sup>96</sup> *“Quem praticar os atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”*.

em perigo ou “causar um mal” para o indivíduo ameaçado caso este não consinta com as atividades referidas<sup>97</sup>.

Com consagração mais controversa, segue-se o n.º 4, introduzido com revisão do Código Penal em 2007. Tipifica a produção, divulgação ou detenção com o intuito de partilhar o material pornográfico com recurso a uma representação realista de menor. Trata-se de uma pornografia virtual em que são utilizados menores criados ou manipulados digitalmente, inexistentes ou ainda adultos que na produção da pornografia interpretam uma personagem menor. Fazem-se passar por menores<sup>98</sup>.

O n.º 5<sup>99</sup>, para além de incriminar o agente que facilite o acesso dos materiais mencionados na alínea b)<sup>100</sup> acresce ainda a aquisição mesmo que este não tenha a intenção de a divulgar, podendo ser utilizado para consumo próprio através de sistema informático ou qualquer outro<sup>101</sup>.

Porém e como vários autores referem, inerente à detenção está a visualização destes conteúdos. Para o agente consultar os materiais terá de os deter ou de aceder. Deste modo, basta o agente fazer, conscientemente, o *download* do material ainda que não o tenha consultado ou visualizado. Encontrar-se-ão diferenças na pena que releva mencionar: O agente que somente detiver materiais pornográficos é punido até 2 anos. Se detiver com a intenção de os divulgar a pena é de 1 a 5 anos.

Com uma pena privativa de liberdade até 3 anos, o n.º 6 penaliza o agente maior que assista ou auxilie um terceiro a assistir espetáculos pornográficos que tenham como participantes menores de 16 anos, independente do formato<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> DIAS 2012:727.

<sup>98</sup> “*Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.*”.

<sup>99</sup> “*Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.*”.

Em conformidade com o artigo 20º alíneas d) e f) da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais “*d) A procura, para si ou para outrem, de pornografia de menores; (...) f) O facto de aceder, conscientemente, através das tecnologias de comunicação e de informação, a pornografia de menores.*”.

<sup>100</sup> O agente estará a facilitar o acesso ao enviar *links* de páginas ou reencaminhar diretamente a terceiros fotografias, filmes ou gravações, através de mms, sms, correio eletrónico, emprestar dvds, cartões de memória, *pen drive* ou álbum com imagens de menores nus, seminus ou dos seus órgãos sexuais.

<sup>101</sup> De acordo com o artigo 1º alínea a) da Convenção do Cibercrime, sistema informático designa “*qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos.*”.

<sup>102</sup> “*Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade é punido com pena de prisão até 3 anos.*”.

Criminaliza-se o agente, com mais de 18 anos de idade, que visualiza espetáculos pornográficos presencialmente ou através de *live streams*; assim como quem partilhe as ligações para essas mesmas páginas a terceiros. Porém, neste contexto, já se pune o agente que assista ao espetáculo, ao contrário do agente que detenha o material pornográfico, não se criminaliza a visualização deste.

Salienta-se o seguinte: se o menor participante no espetáculo pornográfico tiver 16 ou 17 anos, o agente que participar com ele ou o aliciar a esse fim é punido nos termos do n.º 1 alínea a) enquanto, quem visualizar ou divulgar o acesso a esse mesmo espetáculo não preencherá o tipo do n.º 6.

Tanto o n.º 5 como o n.º 6 estão direcionados maioritariamente para criminalizar os agentes que criam ou partilham páginas da Internet ou outros meios de divulgação com o conteúdo de cariz sexual envolvendo menores.

O penúltimo n.º do artigo 176º do Código Penal conjuga o anterior com a intenção lucrativa do agente, razão pela qual aumenta a pena de prisão até 5 anos, conforme se cita “*Quem praticar os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 5 anos.*”.

Por último, pune-se a tentativa<sup>103</sup>. Esta punição vai de encontro com a regra geral do artigo 22º do Código Penal aquando do regime aplicável à tentativa.

Finalizando esta análise, o Estado Português tipifica assim qualquer forma de posse dos materiais pornográfico; produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência quer o agente tenha a intenção de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder, deter para uso pessoal, profissional ou lucrativo. Alarga ainda a criminalização para quem partilhar o acesso, aceder ou criar páginas de Internet ou qualquer outro meio informático ou físico que permita um acesso fácil a esses conteúdos. Pretende-se impedir a o uso do menor, a produção e a posse de materiais pornográficos que contenham menores ou qualquer modo de divulgação destes, com o objetivo fulcral de eliminar a exploração sexual infantil e qualquer sombra de existência tanto desta categoria de pornografia como da sua comercialização.

---

<sup>103</sup> O legislador decide ainda, neste crime, quando estejam envolvidos menores de 14 anos de idade, agravar a pena quer quanto ao consagrado como limite mínimo como ao limite máximo.

### 3.2 Tipo de ilícito subjetivo

Para o preenchimento do elemento subjetivo, estas condutas carecem de dolo. Como já mencionamos anteriormente os comportamentos dos n.ºs 2 e 7 carecem de um dolo mais específico, relacionado com a intenção do agente obter para si um lucro. Não basta somente ter dolo na produção, divulgação, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência, é necessário também, nestes casos, a intenção lucrativa.

Como elucida André Lamas Leite, por se tratar de um delito de intenção afasta-se o dolo eventual; a conduta tem de ser preenchida pelo dolo direto ou necessário<sup>104</sup>. Não haverá preenchimento do tipo se o indivíduo detiver os materiais pornográficos com o objetivo de os destruir; se em semelhança com os vírus informáticos, esses sejam instalados ou páginas com este conteúdo abertas automaticamente no telemóvel, computador ou tablet, sem o controlo do indivíduo, ou quando os tenha obtido sem que se aperceba. Nestes casos não há de facto preenchimento do tipo.

---

<sup>104</sup> 2016, *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas Esparsas*, In: *Julgar* n.º 28 (Janeiro-Abril), página 70.

## 4. O bem jurídico

### 4.1 A autodeterminação e a liberdade sexual

O crime que temos vindo a trabalhar titula o Código Penal como bem jurídico protegido a autodeterminação sexual do menor.

Entende-se por autodeterminação sexual todo o percurso realizado pelo indivíduo de modo a formar a própria vontade e, através desta, manifestar as práticas que pretende realizar na sua esfera sexual como a escolha do parceiro, o momento e o lugar destas; de dispor da sua sexualidade quando assim o entender<sup>105</sup>. Para Maria Silva Dias a autodeterminação pessoal depende da formação livre da vontade assim como a liberdade de decisão de realizar atos de cariz sexual na vida íntima<sup>106</sup>. Podemos afirmar que a aquisição da capacidade para o menor se autodeterminar sexualmente é um percurso natural do crescimento, uma “(...) liberdade de crescer na relativa inocência até (...) se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade.”<sup>107</sup>.

Inerente ao exercício da liberdade sexual está a capacidade do menor se autodeterminar. Não vislumbramos a possibilidade de dividir o bem jurídico da liberdade sexual e da autodeterminação neste tipo legal uma vez que, ao tutelar somente a autodeterminação, estar-se-ia a autonomizá-la da liberdade, aquando, esta decorre do exercício da autonomia que o próprio menor tem ao dispor da liberdade sexual<sup>108</sup>. Conforme Inês Ferreira Leite elucida, uma das manifestações da liberdade sexual é a autodeterminação, na sua ausência, não haverá liberdade plena<sup>109</sup>.

Ora, a autodeterminação não é autónoma da liberdade sexual. Para o pleno exercício da liberdade sexual, o menor terá de adquirir a capacidade de autodeterminação<sup>110</sup>.

Estando a liberdade sexual na cerne do processo de formação da autodeterminação, procedemos à sua explicação. Compreende-se por liberdade sexual, o direito que o menor tem de dispor do seu corpo e de interagir livremente no domínio da

---

<sup>105</sup> Estando sempre limitado pelo direito de outros indivíduos. Veja-se ainda PATTO 2001:126 a 129 e NATSCHERADETZ 1985:144 e seguintes.

<sup>106</sup> SILVA DIAS 2013:71.

<sup>107</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, 1996, *Sem sombra de pecado: O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, In: Separata - Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, página 11.

<sup>108</sup> Veja-se ALFAIATE 2009:89; LEITE 2004:28.

<sup>109</sup> LEITE 2011:41. No mesmo sentido LEITE 2004:28; e TEIXEIRA SILVA 2017:21 a 28.

<sup>110</sup> SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da, 2011, *Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*, In: Revista do CEJ, Lisboa, n.º 15, 1º semestre, página 211.

sexualidade<sup>111 112</sup>. Para Ana Rita Alfaiate “*A liberdade pessoal de cada um limita necessariamente a intervenção punitiva do Estado. Aceitam-se condutas que, praticadas dentro de uma esfera de intimidade sexual, não ofendam terceiros, ainda que em abstrato possam dizer-se contrárias à moral e ao pudor público dominantes.*”<sup>113</sup>. Podemos entender que caberá ao indivíduo decidir os atos que pretende praticar e como pretende dispor do próprio corpo; ou seja, detém a faculdade de praticar ou não praticar comportamentos sexuais. Tutela-se assim a não ingerência de terceiros nesta liberdade.

O material pornográfico é frequentemente realizado através da concretização de crimes contra a liberdade sexual dos menores. Deste modo, entendemos que se trate da tutela da liberdade sexual, mas num sentido amplo<sup>114</sup>. Como referimos anteriormente, não nos afigura a possibilidade de proceder a uma divisão uma vez que, não existindo liberdade, também não existirá autodeterminação por parte do menor.

Não temos dúvidas que tanto a criminalização do uso como o aliciamento de menores em espetáculos pornográficos, filmes, fotografias e ainda gravações<sup>115</sup>, visam tutelar a liberdade sexual num sentido amplo<sup>116 117</sup>. O menor, numa idade mais tenra não terá ainda capacidade para se autodeterminar, pelo que o uso deste em espetáculos ou nos materiais referidos prejudicará a aptidão para no futuro o fazer e, inerentemente, o seu desenvolvimento saudável. Mesmo numa idade em que o menor já possua capacidade para se autodeterminar, o adulto ao aliciar para esses fins estará a influenciar o jovem nas suas escolhas, não obstante a possibilidade do jovem poder acordar se estiverem verificados os requisitos mencionados anteriormente.

---

<sup>111</sup> Numa vertente mais negativa entende-se que a tutela da liberdade sexual pretende prevenir que agentes violem a liberdade sexual do menor, ou seja, pratiquem atos contra a própria vontade ALFAIATE 2009:87. Autores como NATSCHERADETZ 1985:141 e seguintes; LEITE 2004:26 e 27 SILVA DIAS, Maria, 2008, *Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*, In: Revista do CEJ, n.º 8 (especial), 1º Semestre, página 221, também repartem a liberdade sexual nestas duas vertentes.

<sup>112</sup> Há, porém, autores que defendem a falta de capacidade dos menores e consequentemente da liberdade sexual.

<sup>113</sup> ALFAIATE 2009:76.

<sup>114</sup> LEITE 2004:28 e seguintes; neste sentido, PATTO 2001:126.

<sup>115</sup> Artigo 176º n.º 1 alíneas a) e b).

<sup>116</sup> Como explica LOPES e MILHEIRO 2015:191 “*Neste caso é a liberdade e autodeterminação sexual dos menores envolvidos que é posta em causa, através da atividade do agente, seja na intervenção direta nos factos seja no seu aliciamento pessoal pra participarem nos mesmos.*”; Para REGO 2016:61 tanto a incriminação da pornografia de menores reais como a parcialmente virtual, visa tutelar a autodeterminação e a liberdade sexual dos menores; salienta-se neste sentido RODRIGUES 2011:269.

<sup>117</sup> Contrariamente, ALFAIATE 2009:112 e 113 defende a tutela do bem jurídico infância e juventude nas condutas descritas, uma vez que, este bem jurídico promove necessariamente a tutela da liberdade e autodeterminação sexual do menor, enquanto bem pessoal. Adianta ainda que apesar de supra individual não se pode sacrificar a vertente positiva da liberdade sexual deste, pelo que, o consentimento válido afasta a ilicitude da conduta.

Há uma necessidade de tutelar o livre desenvolvimento do menor<sup>118</sup> permitindo que este decida as atividades a praticar na esfera sexual, quando assim seja possível, sem interferências nocivas de terceiros. Relembramos que na maioria dos casos de pornografia, o uso de menores reporta-se na verdade a abusos sexuais documentados crime contra a liberdade sexual<sup>119</sup>.

Mas, nem todas as condutas tipificadas utilizam diretamente o menor, pelo que não nos parece que a norma vise tutelar somente o bem jurídico acima referido.

---

<sup>118</sup> Neste sentido, SILVA DIAS 2011:210 esclarece que “(...) o livre desenvolvimento da pessoa (...) é um direito fundamental, que radica desde logo na dignidade humana.”.

<sup>119</sup> Um estudo realizado por Kelly *et al.* no Reino Unido, explica que 32 de 78 crianças que contactaram uma linha de ajuda (ChildLine), report que o abuso sexual sofrido esteve associado à exibição de material pornográfico e até mesmo participar na gravação de vídeos abusivos, *apud* RETTINGER, Jill L., 2000, *The Relationship between Child Pornography and the Commission of Sexual Offences against Children: A Review of the Literature*, página 11 disponível a 10/03/2019 em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.573.6939&rep=rep1&type=pdf>.

## 4.2 A infância e a juventude

As condutas de produção, distribuição, importação exportação, divulgação, exibição, cedência assim como a aquisição ou detenção para esses fins, não violam certamente a liberdade do menor uma vez que esta já foi violada *ab initio* com o uso do mesmo nos materiais pornográficos. Não será possível estabelecer um nexo causal entre a conduta do agente que divulga os materiais pornográficos com a conduta que lesa a liberdade sexual, logo não nos é possível afirmar que se pretenda tutelar esta liberdade e/ou autodeterminação. Este bem jurídico é violado em momento anterior à produção e divulgação. Pelo que, já não estamos perante a violação de um bem jurídico individual como a liberdade sexual.

Tanto a produção como a proliferação dos materiais pornográficos que utilizam os menores e contribuem para as perturbações psicológicas destes. As crianças e os jovens não podem ser “coisificadas”, não podem ser sujeitas a participar nestes materiais. Para além da lesão à liberdade sexual, os atos realizados são produzidos e divulgados o que não pode se não perturbar o livre desenvolvimento de um menor, impedindo que este se desenvolva de forma saudável, face os acontecimentos. Como esclarecem José Mouraz Lopes e Tiago Calado Milheiro, com esta incriminação pretendeu-se acautelar as possíveis lesões na vida pessoal do menor como a reputação e a honra, uma vez que, aquando da circulação dos materiais no mercado pornográfico, ficará a este associado<sup>120</sup>.

É sabido e defendido por grande parte da doutrina que com a incriminação destas condutas pretende-se garantir a tutela do direito fundamental, a infância e a juventude, bem jurídico supra individual<sup>121</sup>; deste modo, *”Aparece, este novo bem jurídico, como enquadramento dos interesses individuais, mas assume autónoma dignidade penal (...)”*<sup>122</sup>.

Mas o que se poderá entender por tutela da infância e juventude? Ora, de facto, não se pretende tutelar, nesta vertente, a liberdade em sentido amplo do menor, mas o direito ao desenvolvimento livre sem ingerências desta natureza, o direito de estarem sob a tutela do Estado para o livre e harmonioso crescimento e desenvolvimento da personalidade sem quaisquer constrangimentos. Os menores para além do que já foi

---

<sup>120</sup> LOPES e MILHEIRO 2015:193.

<sup>121</sup> No mesmo sentido, pronunciou-se ALFAIATE 2009:97; ANTUNES 2005:58; RAPOSO 2003:952. Contrariamente ALBERGARIA e LIMA 2010:210 a 214.

<sup>122</sup> ALFAIATE 2009:99.



exposto, também são lesados psicologicamente. A esta lesão psicológica poderá acrescer o conhecimento por parte do jovem de que as fotografias, vídeos ou gravações nas quais foi forçado ou coagido a participar, estão a ser partilhadas, acedidas, vendidas a consumidores que se aproveitam da exploração infantil<sup>123</sup>. Assim, é possível afirmar que, o conhecimento da existência deste material, terá um efeito negativo no desenvolvimento do menor.

O facto de as imagens poderem circular na Internet por muito tempo e de um modo que o adolescente poderá não considerar ou controlar, resulta na irrelevância do consentimento neste âmbito até aos 16 anos de idade. O menor só poderá consentir nas condutas, afastando a ilicitude, após perfazer a idade referida e se possuir o discernimento necessário para avaliar a situação a que está a consentir. Porém, é importante referir que, nestas condutas, não poderá a adesão livre do menor relevar para a exclusão da tipicidade, uma vez que, trata-se de uma proteção do bem jurídico supra individual, a infância e a juventude e não caberá ao menor afastar a tipicidade da conduta por não estar tutelado pela norma um bem jurídico pessoal<sup>124</sup>. Esta proteção apesar de absoluta, de um modo quase limitador para o exercício da própria liberdade e autodeterminação sexual, trata-se de um sacrifício. Porém, a tutela que a infância e a juventude carecem, parece-nos ter legitimidade para assim o ser. Salienta-se ainda que as gerações vindouras que entrem em contacto com este material, ainda que inconscientemente, interiorizarão que é normal aquela prática, o que poderá influenciar e corroer o livre desenvolvimento, quase como uma pressão social. Protege-se ainda a integridade da geração ao incriminar determinadas condutas<sup>125</sup>.

Com a tipificação destas condutas, há, ou pretende-se que haja, uma repressão contra a comercialização dos materiais pornográficos, não esquecendo que conjugado com o crime de pornografia de menores poderá estar em causa a divulgação de um material captado no contexto do abuso sexual<sup>126</sup>, contra a liberdade sexual, agora documentado quer em formato digital ou físico e a ser proliferado internacionalmente.

---

<sup>123</sup> Neste sentido OST 2009:118.

<sup>124</sup> Como ALFAIATE 2009:101 explica “(...) ainda que para a vítima possa não existir qualquer dano ou sequer perigo (...) a punibilidade da conduta não se afasta porque o bem jurídico não está na disponibilidade desta, uma vez que lhe foi retirado. Porque, enfim, o bem jurídico é, como defendemos, *supra individual*”.

<sup>125</sup> Em sentido semelhante pronunciou-se ALFAIATE 2009:98 aquando do exercício da prostituição nas redondezas de locais frequentados por crianças, como escolas.

<sup>126</sup> REGO 2016:64.

Esses materiais dificilmente desaparecerão. Serão uma presença constante para relembrares o menor dos acontecimentos traumáticos.

Estes não deixam de ser lesivos para um crescimento saudável e equilibrado. Os conteúdos referidos apresentam a criança ou o jovem numa imagem pejorativa, que poderá incitar a uma indiferença perante os seus direitos no foro da esfera sexual, promovendo uma redução do estatuto do menor. A normalização do dano sexual e a sexualização infantil e juvenil poderá ser proliferada com estes materiais<sup>127</sup>.

Suzanne Ost esclarece que ao reiterar o uso de menores nestes conteúdos origina-se uma redução a objetos sexuais submissivos para a satisfação de adulto, o que só poderá incentivar quem cometa abusos sexuais contra menores<sup>128</sup>.

A difusão e produção, para além de vulgarizarem esses atos perante quem deseje aceder, também prejudicam o desenvolvimento dos menores, sendo que estarão à distância de um clique de terceiros, nos casos em que o menor tenha sido vítima de abusos sexuais, forçado a enviar ou participar em materiais pornográficos ou ainda quando tenha enviado deliberadamente estes e, os mesmos, tenham sido divulgados para além do âmbito do acordo pelo menor. São por estes padrões que se deve proteger o direito fundamental da infância e juventude para não prejudicar ainda mais o desenvolvimento harmonioso dos menores representados nos materiais.

As redes de pornografia com menores poderão ter tantos materiais caseiros como produzidos por organizações que lucram desta divulgação. Como elucida Ana Paula Rodrigues, “(...) o legislador pretendeu penalizar o problema do tráfico, exploração e comércio dos fluxos de conteúdos pornográficos envolvendo crianças, com o objetivo de travar a proliferação da divulgação de conduta que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual das crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoas.”

<sup>129</sup>. Também no entendimento de Maria João Antunes esta incriminação tem como

---

<sup>127</sup> “O que é a normalização e qual a sua importância? A normalização é um processo no qual, uma ideia ou um comportamento se torna uma parte/elemento aceitável da norma social. Quando isto acontece, passa a ser considerado apenas como “o modo que as coisas são”, “somente o que as pessoas fazem” e “nada de especial”. Quando as barreiras são eliminadas, comportamentos que outrora eram reconhecidos e percebidos como danosos, degradantes ou desviantes, começam a ser vistos, sem margem de dúvida como benéficos ou favoráveis. Quando estes comportamentos são normalizados, quem se ofenda ou questione tais atos acaba muito possivelmente a ser confrontado com perguntas como “qual é o problema?”” (tradução livre) ANDERSON, Cordelia, 2008, *From Dr. Seuss to Porn: Countering Normalization of Sexual Harm*, disponível a 10/02/2019 em: <http://www.cordeliaanderson.com/resources/documents/pwspring.pdf>.

<sup>128</sup> OST 2009:105.

<sup>129</sup> RODRIGUES 2011:271.

objetivo criminalizar o tráfico dos materiais pornográficos e não a liberdade e autodeterminação sexual dos menores<sup>130</sup>.

Para Joana Mota Rego, a criação de material pornográfico compromete a personalidade e liberdade do menor originando a possível tendência de estes se tornarem criminosos sexuais, ao tornarem-se meros veículos para a satisfação de terceiros<sup>131</sup>.

Com opinião distinta, Ana Rita Alfaiate defende que as condutas descritas, quando praticadas com menores com mais de 14 anos, deverão abandonar a incriminação penal sendo introduzidas na responsabilidade do direito contraordenacional. A autora segue o mesmo entendimento para as condutas de produção e divulgação deste material (alínea c) e d) do n.º 1)<sup>132</sup>. Nestes termos, e discordando com a autora, consideramos que, apesar de algumas das condutas tipificadas pelo legislador não colocarem em perigo a efetiva liberdade e autodeterminação do menor que concretiza o material pornográfico, há um compromisso constitucional para tutelar a infância e a juventude. Compromisso este que nos parece poder ser assegurado com recurso à intervenção penal mesmo que estas condutas não ofendam o bem jurídico titulado no Código Penal, a autodeterminação sexual do menor<sup>133</sup>.

Por outro lado, a incriminação da assistência de espetáculos pornográficos que envolvam menores de 16 anos e a facilitação do acesso para terceiro o fazer, remete-nos de novo para a proteção do bem jurídico da infância e da juventude. O menor nestes atos é materializado numa “coisa” para a satisfação sexual de terceiros num espetáculo pornográfico, daí que se gere a punibilidade de quem assista ou facilite o acesso ao espetáculo envolvendo menores de 16 anos. Somente no n.º 6 do artigo 176º, o legislador faz a menção da visualização de atos pornográficos com menores. É certo que inerente à posse, consagrada no n.º 5, está a visualização desse mesmo material, mas só em relação à participação em espetáculos é que se sentiu a necessidade de criminalizar o agente que a estes assista.

Assim, perante a criminalização das condutas de produção, distribuição, importação, divulgação, exibição, cedência, aquisição, detenção com o propósito de divulgar materiais pornográficos onde constem menores de 18 anos, e ainda a assistência

---

<sup>130</sup> ANTUNES 2005:61.

<sup>131</sup> REGO 2016:67.

<sup>132</sup> ALFAIATE 2009:142. No mesmo sentido PEREIRA, Rui Carlos, 1996, aquando da exibição do material pornográfico, *Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal*, In: Sub Judice, n.º 11 (Janeiro-Junho), página 48.

<sup>133</sup> ALFAIATE 2009:102.

ou a partilha de acesso a espetáculos pornográficos envolvendo menores de 16 anos, pretende-se proteger o livre e harmonioso desenvolvimento dos menores, a infância e a juventude.

### 4.3 Uma tutela moralista?

Alguns dos comportamentos que viemos a descrever como crime geram controvérsia quanto ao bem jurídico que visam tutelar, mas o certo é que para haver intervenção penal é necessário que um bem jurídico seja lesado ou colocado em situação de risco. No entanto, como iremos esclarecer poderá nem sempre ser assim. Questionamos se o legislador não terá encontrado inspiração para a tipificação de algumas condutas na versão originária do Código Penal de 1982 em que eram tutelados bens jurídicos comunitários e não individuais, face ao que era aceitável perante a sociedade e não tanto para o indivíduo em si. Como refere Jorge de Figueiredo Dias “(...) *o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem*”<sup>134</sup> Esta será a condição fundamental para haver uma intervenção penal na ingerência de direitos pelo Estado.

Para Joana Mota Rego “(...) *o crime não advém apenas das conceções materiais e normativas e porque só o é relativamente a alguém que o toma como tal (quer seja o legislador ou o vizinho), os valores de uma comunidade são impreterivelmente ponderados. Da mesma forma que as sociedades vão apresentando progressivamente mais complexidade, também os bens jurídicos evoluem.*”<sup>135</sup>.

Deste modo, para que haja uma intervenção para o direito penal restringir direitos, não basta uma lesão moral, mas sim uma lesão ou risco para os bens jurídicos. Vejamos.

---

<sup>134</sup> 2009, *Direito Penal Português- Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, página 65.

<sup>135</sup> REGO 2016:31.

### 4.3.1 A mera posse do material pornográfico

O artigo 176º n.º 5 do Código Penal tipifica a aquisição, detenção, obtenção ou o acesso de fotografia, filme ou gravação pornográfica independentemente do meio utilizado para os obter ou aceder.

Como esclarece Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, pretende-se com a punibilidade da *detenção pura* dos materiais pornográficos tutelar a autodeterminação dos menores. Acrescentam ainda que esta incriminação visa reprimir o detentor ainda que não se demonstre que este seja o agente que provocou a lesão dos bens jurídicos, ou seja, quem utiliza ou alicia o menor a participar nos materiais pornográficos. Adotam uma visão ampla recorrendo à dignidade da pessoa humana numa interpretação supra individual, por esta ser violada com a instrumentalização dos menores no âmbito do mercado sexual; os próprios autores admitem as dificuldades em escrutinar a dignidade humana como o bem jurídico tutelado nesta incriminação<sup>136</sup>. Porém, os autores frisam que a criminalização da detenção é inadmissível por se estabelecer num direito penal da suspeita<sup>137</sup>.

Para Maria João Antunes, quanto a este tipo legal, há efetivamente uma tutela que não só pretende proteger a autodeterminação sexual do menor como vai para além desse bem jurídico individual. A autora adianta que a mera posse merece uma intervenção, mas não necessariamente penal<sup>138</sup>.

Luciana Oliveira Costa, neste seguimento, salienta dois aspetos a ter em consideração. Primeiramente, o consumidor do material pornográfico como um indivíduo que ao abrigo dos seus direitos à liberdade e privacidade, adquiriu os materiais e, quanto ao segundo aspeto, o consumidor como instigador de perigo. Ao responsabilizar penalmente o consumidor há uma violação dos direitos fundamentais nomeadamente da liberdade de expressão, liberdade esta que o direito penal não pode reprimir injustificadamente. Aquando do segundo aspeto, a autora defende que o consumidor se aproveita da prática de um crime já praticado, não existindo, portanto, propagação da

---

<sup>136</sup> Porém, citando os ensinamentos de DIAS, Jorge de Figueiredo, 2009, “(...) o pior serviço que pode prestar-se ao primeiro e mais elevado princípio de toda a ordem jurídica democrática (...) é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável (...)” “O Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional, In: XXV Anos de jurisprudência constitucional portuguesa. Coimbra, Coimbra Editora, página 41.

<sup>137</sup> ALBERGARIA e LIMA. 2010:200 e 201.

<sup>138</sup> ANTUNES 2005:208 e 209.

lesão<sup>139</sup>. A autora prossegue a defender a descriminalização da mera posse uma vez que esta proibição não traduz numa solução para este mercado e ao admitir a criminalização desta conduta, afirma que o bem jurídico tutelado seria a moral sexual<sup>140</sup>. No mesmo sentido, Ana Rita Alfaiate defende a descriminalização da conduta de mera posse<sup>141</sup>.

Para José Mouraz Lopes e Tiago Calado Milheiro, com a criminalização da mera posse, pretende-se tutelar a liberdade e autodeterminação sexual<sup>142</sup>.

Já Eliana Gersão questiona a possibilidade da incriminação da mera detenção poder originar um controlo excessivo da vida privada do indivíduo<sup>143</sup>.

Para Malaika Bianchi não se trata de uma ação inofensiva. Concretiza-se numa conduta inaceitável apesar de só consistir na consulta e observação de imagens e, ainda que o direito penal tenha como princípio a extrema *ratio* para o respeito dos direitos fundamentais dos indivíduos, esta ação pressupõe a exploração sexual do menor<sup>144</sup>. As condutas de cariz sexual são de facto idóneas para provocar uma perturbação no desenvolvimento do menor, com a prática de atos anteriores à pornografia. Atos estes que estarão possivelmente disponíveis em imagens e em suporte digital para lembrarem a vítima do sucedido.

Pois bem, os materiais pornográficos referidos são de facto um tema sensível uma vez que, neles participam crianças e jovens que carecem, sem dúvidas, de proteção, mas será possível afirmar que a incriminação da detenção deste material não se trata mais do que um comportamento moralmente reprovado? Não há de facto uma ligação direta entre o detentor e o menor que consta no material pornográfico.

Ao contrário do agente que alicia ou usa o menor, o detentor não interage com a criança ou jovem. Quer por razões de ordem cronológica ou espacial, o detentor e o menor não se cruzam<sup>145</sup>. É possível afirmar que a descriminalização desta conduta poderia colocar em risco os valores morais da sociedade perante os direitos das crianças.

---

<sup>139</sup> 2006, *A convenção sobre o cibercrime e a incriminação da pornografia infantil*, Relatório apresentado no curso de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, página 27 a 30.

<sup>140</sup> 2005/2006, *A difusão de pornografia infantil pela internet: Sentido e limites de uma incriminação*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, página 77; No mesmo sentido TEIXEIRA SILVA 2017:53 e 54 considera que a posse dos materiais pornográficos só deve ser criminalizada se for obtida com o propósito de os distribuir afirmando que o consumidor aproveita o material para satisfazer impulsos sexuais, não colocando em risco nenhum bem jurídico.

<sup>141</sup> ALFAIATE 2009:120.

<sup>142</sup> LOPES e MILHEIRO 2015:198 a 200.

<sup>143</sup> GERSÃO 1997:26.

<sup>144</sup> 2005, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è inscostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, In: *L'indice penale*, Padova, Nuova Serie, ano 6º n.º 1 (Janeiro-Abril) página 308.

<sup>145</sup> TAYLOR e QUAYLE 2003:23.

Esclarecendo nesta perspetiva, em conformidade com o que nos diz o senso comum e as emoções, não é aceitável quem detenha, aceda ou adquira<sup>146</sup> o material pornográfico com menores envolvidos, uma vez que apresentam menores e não adultos num âmbito sexualmente explícito<sup>147</sup>. Porém, a moral não será fundamento suficiente para a intervenção penal.

Salientam-se cinco argumentos a ter em consideração: a posse como meio para desinibir outros menores; a possibilidade de o detentor desejar recriar os atos que constam na pornografia; a incitação e banalização dos instintos pedófilos dentro dos consumidores desta pornografia; o aproveitamento do consumidor do material pornográfico; uma medida para eliminar a oferta ao criminalizar a procura.

Quanto ao primeiro argumento, frisamos que o material em posse poderá, de facto, ser utilizado para aliciar os menores, eliminando as suas inibições sexuais ao ver outros menores em atos sexuais, porém, essa possibilidade já está salvaguardada com a criminalização das condutas descritas nas alíneas c) e d), nomeadamente a exibição do material pornográfico. Ao exibir o material pornográfico ao menor, poderá desinibi-lo para a prática de atos lesivos para a liberdade e autodeterminação deste. Nesse âmbito, já se reconhece que haja legitimação para esta tutela. Ao incriminar-se a detenção, está-se a presumir que o indivíduo atuará de forma lesiva aquando a exibição deste material já está tipificada independentemente dos fins usados pelo agente ao exibir, quer esta seja perante adultos ou menores de modo a aliciá-los para a prática de atos sexuais. Pelo que não é necessário legitimar a posse com base neste argumento.

Poderemos ainda questionar se a criminalização decorre da possibilidade do espectador poder desejar recriar os mesmos atos, esses sim completamente lesivos dos bens jurídicos suprarreferidos. No entanto, apesar de alguns estudos realizados não foi possível confirmar que a visualização de conteúdos pornográficos com menores cativa os consumidores para a prática dos mesmos, ainda que a maioria destes estudos tenham sido realizados através dos testemunhos dos próprios perpetradores dos crimes sexuais e que, objetivamente, ao partilhar esta informação, entende-se que terão a necessidade de

---

<sup>146</sup> Por, mais uma vez, adstrito à posse estar a visualização apesar de não tipificada.

<sup>147</sup> Deixamos desde já claro que não aceitamos semelhanças entre a posse de estupefacientes para autoconsumo com a posse de material pornográfico. Só esta última coloca em risco o bem jurídico de terceiros. Como proferido no Acórdão 587/2014 do Tribunal Constitucional no “(...) *as razões que motivaram a transição para um modelo proibicionista de tipo contraordenacional, concretamente, a inadequação e a desnecessidade de mobilização do ilícito criminal quando em causa estejam consumidores ocasionais ou “verdadeiros” (doentes) toxicodependentes, não valem para todo o tipo de detenção ou aquisição(...)*” de 17 de Setembro de 2014, relator José da Cunha Barbosa, disponível a 18/02/2019 em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140587.html>.



diminuir a gravidade das suas ações<sup>148</sup>. Neste âmbito salienta-se o seguinte estudo: Em 20 jovens (usados como amostra de entre 160 agressores sexuais), desconhecendo-se quantos deles molestadores de crianças, mostrou-se que 2 deles confirmaram que a pornografia influenciou a que praticassem abusos sexuais; 14 dos jovens afirmaram que a pornografia influenciou a sua conduta, enquanto os restantes 4 negaram ter cometido qualquer abuso<sup>149</sup>. É bastante improvável que estes indivíduos, quando questionados, admitam a prática de crimes que tenham praticado pelos quais não tenham sido condenados ou, uma vez submetidos a terapia, terão tendência para desvalorizar as razões e circunstâncias dos próprios acontecimentos.

Acresce ainda a dificuldade de relacionar a eventual prática do crime de abusos sexuais com a posse de pornografia. David Finkelohr e Richard Ormrod explicam que em 92% dos crimes de posse não foi possível relacionar este crime com outro cometido contra menores<sup>150</sup>. De referir que o nexó será realizado com a posse e não a visualização, uma vez que esta conduta não se encontra tipificada. Ou seja, estabelecer uma ligação entre o acesso aos materiais pornográficos nos quais envolvam menores e a origem da vontade no detentor para reproduzir esses atos que deste modo, contribuem para a prática de crimes sexuais contra estes. Porém, como refere Suzanne Ost “(...) *se atuarmos no pressuposto de que uma ligação causal existe entre o uso de pornografia de menores e a realização de abuso sexual a crianças, poderemos inadvertidamente fornecer aos abusadores de crianças uma desculpa conveniente para o seu comportamento*” (tradução livre)<sup>151</sup>. Numa entrevista realizada pela autora a um membro de polícia criminal, este esclarece que em 18 homens que fizeram *download* destes conteúdos, nenhum tinha cometido algum crime<sup>152</sup>.

Noutra perspetiva, num estudo realizado com 266 agentes de pornografia de menores, após cinco anos da prática deste crime, 2 reincidiram e 7 cometeram novos

---

<sup>148</sup> PATTO, Pedro Vaz, 2010, *Pornografia Infantil Virtual*, In: *Julgar* n.º 12 (especial) (Setembro-Dezembro), página 189.

<sup>149</sup> BECKER, J. e STEIN, R.M, *apud* RETTINGER 2000:13 e 14.

<sup>150</sup> 2005, *Pornografia infantil: padrões NIBRS*, In: *Infância e juventude* n.º 4, Lisboa, página 141.

De frisar que num estudo realizado por NUTTER, D.E, e KEARNS, M.E., a 25 indivíduos adultos, 21 destes, tendo praticado mais do que uma vez abuso sexual a menores, negaram que a pornografia tenha influenciado a sua conduta. Por fim, LANGEVIN *et al.* questionaram 65 adultos que praticaram atos sexuais com menores dos quais 34 afirmam assistir a pornografia antes da prática do crime, *apud* RETTINGER 2000:4 a 14.

<sup>151</sup> OST 2009:110.

<sup>152</sup> *Idem* página 111.

crimes sexuais contra menores<sup>153</sup>. Saliente-se, no entanto, que de 261 reclusos, condenados numa prisão portuguesa por crimes sexuais, 146 aceitaram participar num questionário dos quais 3 foram condenados por pornografia de menores e 16 pelo crime referido e outros de natureza sexual<sup>154</sup>.

Como Ana Rita Alfiate esclarece, esta incriminação não é de facto coerente, uma vez que se pune qualquer modo de divulgação dos materiais pornográficos e a posse destes, mas, quanto à visualização já não há um desvalor na conduta. A incriminação da posse não se encontra justificada pela intenção de divulgar nem de visualizar, mas sim pela intenção de possuir. Tal como a autora refere e, estando plenamente de acordo, não há justificação desta conduta pela proteção da infância e juventude quando, na detenção, não se acrescentou nenhum elemento subjetivo que efetivamente lese esse bem jurídico supra individual<sup>155</sup>.

Para Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima não há conexão entre o consumo de pornografia e o abuso sexual de menores, e para sustentar esta teoria implicariam presunções quanto às intenções do agente, sendo abusivo a assunção de que, ao deter o material pornográfico, o detentor irá seguramente cometer crimes<sup>156</sup>.

Poderemos afirmar que a possível intenção do detentor chega para criminalizar a posse? Será o perigo alegadamente causado à liberdade sexual dos menores, pela mera e remota possibilidade do consumidor recriar os atos pornográficos, argumento suficiente para a legitimação da tutela penal da detenção? Pensamos que não.

Questionamos se estaremos perante uma criminalização da repressão de instintos. A pornografia aumenta a atração que possa existir num adulto em relação a crianças e jovens, como fantasias sexuais com as mesmas, sendo estes materiais acedidos por quem tenha um interesse ou curiosidade sexual por estes conteúdos.

O Supremo Tribunal Canadano justificou na decisão proferida no âmbito do caso R. V. Sharpe que a posse de pornografia de menores reforça os instintos pedófilos assim como a crença de que os comportamentos sexuais entre adultos e crianças são aceitáveis,

---

<sup>153</sup> SETO Michael C.; EKE, Angela W., 2015, *Predicting Recidivism Among Adult Male Child Pornography Offenders: Development of the Child Pornography Offender Risk Tool (CPORT)* In: Law and Human Behaviour, página 1, disponível a 18/02/2019 em: [http://www.internetbehavior.com/pdf/cport\\_article.pdf](http://www.internetbehavior.com/pdf/cport_article.pdf).

<sup>154</sup> SARAMAGO, Mariana Filipa de Amaral, 2018, *Características dos agressores sexuais encarcerados em Portugal: Consumo de pornografia, transversalidade na escolha de vítimas e versatilidade criminal*, Tese de Doutoramento, Ciências Psicológicas, sociais e da vida, Instituto Universitário, página 107, disponível a 07/03/2019 em: <http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/6845/1/TES%20SARA-M1.pdf>.

<sup>155</sup> ALFAIATE 2009:120; Contrariamente, ALBERGARIA e LIMA 2010:209.

<sup>156</sup> ALBERGARIA e LIMA 2010:204.

estimulando estas fantasias<sup>157</sup>. Ora, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade de direito penal e o princípio da ofensividade, ou seja, só é legítima a intervenção penal quando ocorra uma lesão ou perigo para um bem jurídico; este argumento mais não seria do que uma conceção moralista. Ainda que os instintos pedófilos possam colocar os menores em risco, não poderá haver uma intervenção penal pelas fantasias dos indivíduos nem repressão dos seus desejos, mas sim uma salvaguarda dos menores de eventuais lesões ou contacto com estes materiais, “(...) *não há espaço para a punição da mera vontade criminosa.*”<sup>158</sup>.

Salienta-se ainda os ensinamentos de Ruud Bullens e Jules Mulder, os autores elucidam que os consumidores muitas vezes nem se consideram pedófilos por não estarem de facto a praticar comportamentos sexuais com crianças; não acreditam estar a praticar algo de errado tratando-se de uma “mera” curiosidade<sup>159</sup>.

Como esclarece Max Taylor e Ethel Quayle, não será possível conhecer os instintos pedófilos sem que esse mesmo interesse seja demonstrado e, ainda assim, não será este argumento suficiente para justificar a criminalização da visualização deste material<sup>160</sup>. É de referir que os indivíduos submetidos a análise e diagnosticados como pedófilos não praticam, com frequência, atos sexuais com crianças. Porém, consomem mais pornografia de menores em comparação com os indivíduos que cometem crimes sexuais contra menores<sup>161</sup>.

Para Luciana Oliveira Costa, não pode o direito penal restringir direitos fundamentais para tutelar meras violações morais; por mais desaprovadas que tais condutas possam ser. Se não se traduzirem numa lesividade não é legítimo a atuação por parte do direito penal. A autora afirma que o possuidor de pornografia infantil terá direito à liberdade e privacidade, podendo considerar-se a criminalização da mera posse uma repressão à própria liberdade de expressão, pelo que, não se justifica esta intervenção<sup>162</sup>. Menciona ainda que “*O problema da pornografia infantil reside no início da cadeia de tráfico, e não no consumidor final, que nada mais é do que uma pessoa que sente desejos*

---

<sup>157</sup> De 26 de Janeiro de 2001, disponível a 02/04/2019 em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>.

<sup>158</sup> MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio *apud* D’AVILA 2005:48.

<sup>159</sup> 2006, *Ver pornografia infantil na internet: impulso inconsequente?* In: Psychologica n.º 43, página 71.

<sup>160</sup> TAYLOR e QUAYLE 2003:24. Os autores consideram conexo o termo “visualização” com o termo “posse”. Ost 2009:109, neste sentido, esclarecem que apesar de poder incitar a fantasias sexuais não significa que estes sejam incentivados a praticar os mesmos atos que os agentes que cometem os abusos.

<sup>161</sup> BAILEY, J. M., HSU, K. J., BERNHARD, P. A., *apud* SARAMAGO 2018:16.

<sup>162</sup> COSTA 2005/2006:73 e 74.

*sexuais por menores de idade (...) porquanto o sujeito ativo não deixará de sentir aquela atração física, independentemente de qualquer punição que venha a sofrer (...)*<sup>163</sup>.

Porém, discordando com a autora, não é a atração que se está a repreender. O perigo que a posse causa para a liberdade sexual de menores não é meramente potencial, nem se trata de uma consequência remota, é um perigo real. O consumidor para além de aproveitar o material ilícito incita monetariamente para a produção de mais materiais pornográficos envolvendo menores, incentivando uma indústria de abusos. Não poderemos aceitar a criminalização da posse como meio de reprimir os instintos pedófilos. Não é o facto de serem criadas fantasias obscenas por quem detenha uma fotografia que torna este ato inapropriado e ilegal, mas sim a ligação inegável existente entre este material e o abuso sexual<sup>164 165</sup>.

Por outro lado, poderemos afirmar que existe legitimidade da criminalização da posse pelo proveito que o possuidor retira da prática de eventuais abusos sexuais a menores, proveito este após a consumação do crime<sup>166</sup>.

Não se trata de uma consideração meramente moralista ou reprovada socialmente. Para além de fomentar a indústria do abuso sexual ou do uso do menor há um benefício para o possuidor. O possuidor beneficia com a prática do crime realizado pelos produtores ou agentes que usam/aliciam os menores.

Nestes crimes, com a posse nasce um favorecimento, com semelhanças estruturais ao crime de receptação<sup>167</sup>, não obstante as diferenças quanto ao elemento subjetivo e o bem jurídico, sendo este o património, não se vislumbra a possibilidade de um ter mais legitimidade penal que outro; a procura por estes conteúdos é o que gera a sua produção. Fazendo uma analogia entre o consumidor e o recetor, ambos aproveitam a prática de um crime, tornando a produção da pornografia no incentivo<sup>168</sup>. A detenção traduz-se no

---

<sup>163</sup> *Idem* página 77.

<sup>164</sup> Neste sentido, “*O que as fotografias representavam na mente do arguido e os desejos libidinosos que despertavam não preenchem o tipo.*” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 53/10.3PAVFX.L2.S1 de 27 de Abril de 2017, relator Gabriel Catarino, disponível a 02/04/2017 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a6406c2bdf8d52bd8025811c003b799e?OpenDocument>.

<sup>165</sup> De referir que alguns autores explicam que tanto a posse como a visualização deste material podem atuar como terapia (efeito positivo), controlando deste modo os instintos do indivíduo, COSTA 2005/2006:85 e COCCO 2006:876 e 877.

<sup>166</sup> FINKELOHR e ORMROD 2005:128 designam a posse deste material como “pornografia de exploração infantil”.

<sup>167</sup> Artigo 231º do Código Penal.

<sup>168</sup> PASTOR MUNÔZ, Nuria, 2016, *Abordagem dos Delito de Posse e dos Delitos de Pertencimento*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, São Paulo, editora LiberArs, página 67 e 68; No mesmo sentido, LEITE 2004:61; OST 2009:115 a 118 por se tratar da justificação mais persuasiva para a autora; ROXIN, Claus, 2016, *Crimes de Posse*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia,

aproveitamento da lesão à liberdade sexual do menor<sup>169</sup>. Pretende-se assim “(...) *impedir que ocorram casos concretos gravíssimos de violência sexual contra crianças e adolescentes.*”<sup>170</sup>. O que nos remete para o último argumento a considerar.

É certo que o útil nem sempre será o justo, sendo útil criminalizar quem detém e/ou acede aos materiais pornográficos como forma de afetar os produtores e os agentes que aliciavam os menores. Esses sim são violadores diretos da liberdade e autodeterminação sexual destes, mas será justo?

Associado à mera detenção, está o consumo e é contra essa vertente que pretendemos argumentar. A pornografia é feita para o consumidor, ou seja, inicia-se este ciclo com a procura. O consumidor paga para obter/aceder a estes materiais ou divulgá-los, o que contribui para o lucro e difusão do negócio, resultando, portanto, num aumento da procura para conteúdos do mesmo tipo<sup>171</sup>. Qualquer modo ou ação que fomente o crescimento desta indústria não poderá deixar de merecer intervenção penal, uma vez que os materiais assentam em lesões realizadas a crianças e jovens<sup>172</sup>.

Neste sentido, Inês Ferreira Leite elucida que com o consumo, o agente está a contribuir para a lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos<sup>173</sup>.

Para Giovanni Cocco a proteção de menores de carne e osso através da criminalização da mera detenção do material produzido com recurso a menores, visa combater o mercado e tutelar as suas vítimas<sup>174</sup>.

Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima tomam a posição de que ao punir quem detém estes materiais pretende-se somente prevenir os atos dos produtores ou terceiros que os divulguem, estando-se a punir condutas que por si só são suscetíveis a

---

São Paulo, editora LiberArs, página 91 e seguintes; e ainda CABRAL, Jorge de Almeida, 2003, *Abuso Sexual de Crianças Pornografia Infantil*, In: Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social, página 16, disponível a 22/02/2019 em: <http://www.cpihts.com/PDF02/Jorge%20Cabral.pdf>. Contrariamente COSTA 2005/2006:75 e 76.

<sup>169</sup> ALBERGARIA e LIMA 2010:208. Os autores explicam ainda: “(...) *também aquele que meramente detém, ainda sem ter o propósito atual da difusão, é sempre centro autónomo de uma potencial difusão.*”.

<sup>170</sup> ROXIN 2016:91.

<sup>171</sup> Saliente-se que este negócio deverá ser de difícil acesso, não será ao acaso que os consumidores acedem e detém estes materiais através de pesquisas na *deep web*.

<sup>172</sup> Contrariamente, para ALMEIDA DA SILVA, João Miguel, 2016, a criminalização da posse e do acesso aos materiais pornográficos não é idónea para controlar esta indústria sendo favorável à intervenção de natureza contraordenacional perante estas condutas, In: *Cibercrime: O Crime de Pornografia Infantil na Internet*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, página 36, disponível a 04/04/2019 em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34801/1/Cibercrime\\_o%20Crime%20de%20Pornografia%20Infantil%20na%20Internet.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34801/1/Cibercrime_o%20Crime%20de%20Pornografia%20Infantil%20na%20Internet.pdf).

<sup>173</sup> LEITE 2004:60.

<sup>174</sup> 2006, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova série, Ano XLIX, Fasc. 3 (Julho-Setembro), página 875 e 876.

potenciar a prática de crimes futuros por terceiros, crimes estes lesivos da liberdade ou autodeterminação do menor. Para os autores a criminalização desta probabilidade é abusiva<sup>175</sup>. Neste sentido, a posse por um indivíduo será punida por incentivar o crescimento deste comércio<sup>176</sup>.

Contrariamente, para Ana Rita Alfaiate, na falta da intenção de partilhar os materiais pornográficos, e de tipificação do visionamento, com a mera posse, pretendeu-se criminalizar recorrendo aos moralismos sociais, a detenção de pornografia de menores<sup>177</sup>. Porém, se fosse intenção punir a visualização, estaria esta tipificada, como ocorre para a assistência de espetáculos pornográficos, apesar de ser evidente que a mera posse poderá gerar a sua visualização.

Para Claus Roxin “(...) *não constitui razão suficiente a prevenção de uma eventual transmissão daquele material pois não há qualquer ofensa para quem recebe aqueles elementos e o grave abuso cometido contra a criança realizou-se com a produção daquele material.*” No entanto, o autor admite a legitimidade da incriminação por impedir/dificultar a procura da pornografia e assim, os abusos que desta derivam<sup>178</sup>.

Conforme Friedrich-Christian Schroeder, os produtores realizam e divulgam o material pornográfico envolvendo menores uma vez que há clientes que pagam para os obterem<sup>179</sup>. No mesmo sentido pronuncia-se André Lamas Leite, “*Sabe-se, dos termos gerais da «lei da oferta e da procura» que, inexistindo «clientes», menos o sistema económico ou de outro tipo produzirá aquilo que o ordenamento jurídico proíbe.*”<sup>180</sup>.

Há assim uma proliferação de delitos sexuais a serem gravados, distribuídos por dinheiro e aproveitados por quem os detém, enquanto a vítima continua a sofrer psicologicamente.

O acesso a este material ajuda ao crescimento da indústria e, com a procura, os produtores produzirão mais conteúdo para os consumidores. Este conteúdo consistirá no uso de menores para a gratificação sexual de quem o procura. De certo modo, ao criminalizar a demanda, crê-se que haja uma diminuição na produção, que só é conseguida através da exploração dos menores. Efetivamente, no momento em que ocorre

---

<sup>175</sup> ALBERGARIA e LIMA 2010:204.

<sup>176</sup> Ainda neste sentido *idem* página 206 “*O fundamento da punição não seria já o acto individual mas a acumulação maciça de detenções: só assim se constrói um “mercado”.*”.

<sup>177</sup> ALFAIATE 2009:120.

<sup>178</sup> ROXIN 2013:24.

<sup>179</sup> *Apud ibidem*.

<sup>180</sup> LAMAS LEITE 2016:70.

a posse, não há uma violação do bem jurídico titulado no Código Penal, configura, porém, um delito de perigo indireto.

O Estado intervém na esfera privada do indivíduo para tutelar a liberdade sexual dos menores. Esta punição, visa assim impedir a realização de delitos mais gravosos<sup>181</sup>. Ao criminalizar os comportamentos dos possuidores, cujo sem as suas ações, este mercado não existiria, pretende-se também eliminar os crimes cometidos antes da produção de mais material<sup>182</sup>. A criminalização da posse torna mais difícil -ou pelo menos assim se crê- a exposição dos indivíduos que se submetem ao risco para obterem este material e assim haverá uma diminuição da procura, prejudicando o lucro obtido pelos produtores e distribuidores, levando à quebra deste mercado, nomeadamente à exploração infantil.

Como foi proferido no caso de R. V. Bishop, *“quantas mais pessoas forem suficientemente curiosas para quererem aceder a tais imagens – pornográficas - mais mercado haverá para essas. Quanto mais tempo o mercado durar, maior será o ciclo de abusos sofridos por crianças”* (tradução livre)<sup>183</sup>.

O detentor tem uma grande importância nestes mercados. Estes movem-se à sua volta o que não pode ser ignorado pelo direito penal por originarem e, estando longe de ser remoto, a consumação de crimes gravíssimos contra menores para a satisfação sexual do consumidor. Entendemos que a legitimidade da posse fundamenta-se nestes termos, o possuidor cria, abstratamente, um grande perigo para os menores, perigo este que não pode ser ignorado.

Após a partilha deste material, a vitimização continua, a imagem daquela criança ou jovem torna-se intemporal e está disponível para quem tenha meios para a obter. Há uma preservação do abuso ou imagem sexual durante o tempo em que a fotografia, vídeo ou gravação exista. Enquanto o material regista o crime, a posse (assim como a distribuição) perturbará a privacidade quer do menor quer da família, e a única maneira de parar será a eliminação de todas as cópias, o que é quase impossível quando uma fotografia ou vídeo são publicados online<sup>184</sup>. Esta pornografia baseia-se em vídeos partilhados de forma mais privada invés de uma divulgação em massa, cada aquisição e

---

<sup>181</sup> BIANCHI 2005:265 e 266.

<sup>182</sup> ROXIN 2016:90; no mesmo sentido MACLEAN, David *apud* OST 2009:87; TAYLOR e QUAYLE 2003:161.

Contrariamente ALBERGARIA e LIMA 2010:205.

<sup>183</sup> [2005] EWCA Crim. 829 *apud* OST 2009:114.

<sup>184</sup> TAYLOR e QUAYLE 2003:194 a 196.

acesso permite o aumento da produção; a repressão da mera posse é uma incriminação contra a exploração infantil<sup>185</sup>.

Não se trata de uma conduta tipificada com uma concepção paternalista, mas sim de uma conduta que incentiva o aumento do (abu)uso de menores para corresponder às expectativas de quem se aproveita da exploração infantil, o consumidor. O que não poderia ser ignorado. A criminalização da posse encontra a sua justificação para a redução deste mercado, protegendo os menores, reduzindo o risco de outras crianças e jovens de serem exploradas e usadas para os mesmos efeitos<sup>186</sup>.

Deste modo, e por se tratar de um crime de perigo abstrato, podemos afirmar que com a criminalização da mera posse pretende-se tutelar antecipadamente, e não remotamente, a liberdade sexual em sentido amplo dos menores.

É necessário salientar que, não se insere na exposição anterior, a posse, por exemplo, de uma fotografia considerada pornográfica entre um casal de menores, onde não ocorre qualquer tipo de exploração<sup>187</sup>. De acordo com o artigo 8º n.º 3 da Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, é da prerrogativa dos Estados Signatários a criminalização da posse quando seja consentida pelo menor desde que para uso próprio do possuidor, e na ausência de abuso. Não obstante a concordância com a criminalização, os menores poderão acordar, excluindo a tipicidade do ato nomeadamente quando tenham voluntariamente partilhado, tal como exemplificámos anteriormente. A irrelevância do consentimento nestes casos, representa uma limitação da vertente positiva da liberdade sexual<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> 2016, *A posse como facto punível*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, São Paulo, editora LiberArs, página 73; ORDEIG, Gimbernat esclarece que a reprodução dos materiais pornográficos permitem a expansão da indústria pornográfica, uma vez que, os produtores lucram com a aquisição por parte dos consumidores, aumentando ainda mais a indústria, *apud* ESTRADA, Cristina Fernández-Pacheco 2006, *Pornografia infantil e Internet. ¿Reto jurídico o problema social?* In: Revista General de Legislación Y Jurisprudencia, n.º 2 (Abril-Junho), página 262 e 263.

Contrariamente, LAGODNY, Otto explica que os crimes de mera posse traduzem-se somente numa relação entre o indivíduo e o objeto, não havendo qualquer comportamento que daí advenha, *apud* LOBATO, José Danilo Tavares, 2016, *Panorama dos crimes de posse*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, editora LiberArs, São Paulo, página 151.

<sup>186</sup> OST 2009:91.

<sup>187</sup> Neste caso, a partilha da fotografia corresponde a uma manifestação da liberdade sexual.

<sup>188</sup> No mesmo sentido pronuncia-se ROXIN 2013:40, afirmando que a proibição e punição de quem possua uma fotografia com carácter sexual do companheiro ou companheira, nas mesmas condições que exemplificámos, é desproporcional.



## i. Legitimidade para a intervenção penal

Não pretendemos alongar muito sobre a legitimidade penal para incriminação da mera posse, porém não poderíamos deixar de fazer uma breve referência. Apesar de acreditarmos ter identificado o bem jurídico que a norma visa tutelar com a criminalização da posse, falta agora questionarmo-nos se, de acordo com os princípios basilares de direito penal, haverá legitimidade para tal.

Ora, não podemos ignorar o princípio da proporcionalidade, subsidiariedade (*ultima ratio*) e ofensividade que justificam a intervenção do Estado nos direitos à liberdade e à privacidade de cada pessoa. Recorrendo à CRP, o artigo 18º n.º 2 consagra o seguinte: “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*”.

Como esclarece Francisco Munõz Conde, ao criminalizar a posse o legislador viola o direito fundamental à intimidade mesmo que se trate de uma ação imoral. Afirma ainda que o consumidor favorece indiretamente do material, porém esta incriminação viola o princípio da intervenção mínima do direito penal<sup>189</sup>.

Contrariamente, como explica Fabio D’Avila, nos crimes de perigo abstrato não tem de haver uma efetiva e concreta situação de perigo, dispensando nestes crimes, a existência de um perigo concreto. A conduta terá de ser idónea para interferir com o bem jurídico tutelado “(...) *de forma a retirar dele a tranquilidade da sua expressão (...)*”<sup>190</sup> e será esta idoneidade que legitima a intervenção penal, por materializar-se num perigo<sup>191</sup>. O autor elucida ainda que nos crimes de perigo abstrato, o perigo, motiva a tipificação de determinadas condutas não se exigindo existência de um bem jurídico exposto efetivamente a um perigo, assim, *júris et de jure*, na qual não haverá prova em contrário de que tal conduta é suscetível de o colocar em perigo<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> 2004, *Derecho Penal, Parte Especial*, 15ª edição, Valencia, Tirant lo blanch, página 245.

<sup>190</sup> 2005, *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra STVDIA IVRIDICA 85, Coimbra, Coimbra Editora, página 161. Veja-se ainda neste sentido REGO 2016:37.

<sup>191</sup> “*O legislador quer, sem dúvida, proteger um determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr-em-perigo é elemento bastante para justificar uma penal criminal. (...) qualquer desvirtuamento, legalmente definido (...) determina o aparecimento do perigo que o legislador considera ser suficiente para legitimar a cominação de uma pena criminal.*”, FARIA COSTA, José de, 2000, *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, página 623.

<sup>192</sup> D’AVILA 2005:108 a 110.

Para Kai Ambos, a criminalização da posse dos materiais pornográficos visa evitar delitos futuros podendo, contudo, fundamentar-se quando a violação do bem jurídico já tenha ocorrido de modo a “(...) *prevenir o abuso de crianças por meio da produção de material pornográfico, reduzindo consideravelmente a procura e retirando o incentivo económico dos produtores.*”<sup>193</sup> <sup>194</sup>.

Com a conduta não é necessário que se tenha verificado um dano ao bem jurídico; para a realização do tipo incriminador basta que este tenha sido colocado em perigo. Este perigo poderá efetivamente ser social, mas não exclusivamente. A eventual ofensa ao bem jurídico limita a existência do crime, uma vez que não poderá haver crime sem que a conduta tipificada ofenda ou cause um perigo para o mesmo<sup>195</sup>.

Esta exigência funciona como uma garantia, ajudando a delimitar a intervenção penal que, como temos vindo a referir deve ser subsidiária e, portanto *ultima ratio*. A ofensividade não tem de se concretizar. Nos crimes de perigo abstrato não é necessário haver presunção do perigo, punindo a conduta perigosa para o bem jurídico tutelado<sup>196</sup>. Porém, os crimes representam um dano ou ofensa social, mas nem toda a lesão poderá legitimar a intervenção penal<sup>197</sup>. Também não se aceita outra medida mais eficiente para prevenir a exploração de menores do que a intervenção penal, punindo quem incentiva monetariamente os produtores.

Como refere Inês Ferreira Leite, não estamos perante uma mera presunção, mas de um verdadeiro aproveitamento do material obtido através da instrumentalização e exploração de menores<sup>198</sup>.

Considerando o que expusemos no tópico anterior, pensemos que não obstante a lesão ao bem jurídico iniciar-se com os produtores e com os agentes que aliciam os menores, este mercado é fomentado pelo consumidor. Através da intervenção penal ocorrerá uma regressão na produção, nomeadamente por se tratar de uma indústria muito lucrativa. “Eliminando” a procura, “elimina-se” a oferta.

---

<sup>193</sup> 2014, *Posse como delito e a função do elemento subjetivo – Reflexões a partir de uma perspetiva comparada*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 24, n.º 1 (Janeiro-Março), página 13.

<sup>194</sup> “*Crimes graves, como a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, deverão ser tratados de forma abrangente, abarcando a repressão dos autores dos crimes, a protecção das crianças vítimas dos crimes e a prevenção do fenómeno.*”, Considerando 6 da Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

<sup>195</sup> AMBOS 2014:46.

<sup>196</sup> MIR, José Cerezo *apud* REGO 2016:74.

<sup>197</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, página 39.

<sup>198</sup> LEITE 2004:60.

Assim, o perigo criado na liberdade sexual dos menores parece-nos mais que merecedor de intervenção penal para tutelar antecipadamente e não desproporcionalmente, os direitos fundamentais e consequentemente reprimir a liberdade de expressão, uma vez que, a ocorrer, os danos causados serão bastante reais.

### 4.3.2 A representação realista de menores

A consagração da representação realista de menor tem sido alvo de muitas opiniões doutrinárias. A Decisão Quadro 2004/68/JAI relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, foi um modelo a seguir por Portugal e, com a revisão do Código Penal de 2007, tipifica-se as condutas que iremos analisar<sup>199</sup>.

Para além da produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência, aquisição ou detenção independentemente do meio utilizado e para esses efeitos o formato dos materiais pornográficos, de onde constem o envolvimento de crianças ou jovens reais, também se encontra tipificado os materiais que recorram à representação realista dos mesmos. Ou seja, criminaliza-se quem produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe, cede, adquire ou detém a pornografia com representação de *crianças* que não são reais. A falta de definição legal permite abranger na “representação realista de menor” qualquer representação do menor, ainda que interpretada por adultos.

Deste modo, é possível encontrar dentro da representação realista de menor três tipos de representação: a representação aparente ou pornografia aparente; a representação parcialmente virtual ou a pornografia parcialmente virtual e a representação virtual ou pornografia virtual<sup>200 201</sup>.

Por pornografia aparente entende-se, a atuação de adultos que interpretam uma personagem menor em comportamentos sexuais.

A pornografia virtual retrata outra realidade, em *tudo* se poderá assemelhar à pornografia real, mas com menores criados, simulados por exemplo, digitalmente através

---

<sup>199</sup> A Diretiva 2011/92/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, no artigo 5º n.º 7 e n.º 8 permitiu que os Estados Membros não criminalizassem a pornografia aparente. O Estado Português não foi de encontro com essa possibilidade. No mesmo sentido consagrou a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais ou Convenção de Lanzarote no artigo 20º n.º 3 aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2012, de 28/05, publicada no Diário da República I, n.º 103 de 29 de Maio de 2012, disponível a 27/03/2019 em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/05/10300/0278602806.pdf>.

<sup>200</sup> Ou pseudopedopornografia como refere ALBERGARIA e LIMA 2010:195, para designar a pornografia virtual; ESTRADA 2006:259 para designar a pornografia parcialmente virtual.

<sup>201</sup> Contrariamente, JOÃO ANTUNES, Maria; SANTOS, Cláudia, 2012, não aceitam que a incriminação da pornografia totalmente abranja a criação de *menores* com recurso à tecnologia ou à imaginação de quem as cria. Para as autoras, somente a representação realista com imagens de menores de 18 anos ainda que com partes virtuais, integram a incriminação, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, página 884.

de desenhos ou qualquer outra criação que se assemelhe a um menor. Não estão de qualquer modo envolvidos menores reais, mas a sua representação enquanto tal.

Já o material da pornografia parcialmente virtual consiste em parte numa representação de um menor real e outra parte virtual, havendo uma sobreposição de fotografias de menores sobre fotografias pornográficas ou colagens (o designado *morphing*<sup>202</sup>) digitalmente ou manualmente.

### **i. Pornografia aparente**

Inerente à imagem de um adulto está a capacidade de tomar deliberadamente as decisões da própria vida, como um indivíduo autónomo, tal como os atores na produção desta pornografia. Então, se os autores estão a exercer o direito à liberdade sexual e a pornografia entre adultos não constitui um crime, o que é que se pretende tutelar com esta incriminação? Terá pretendido o legislador voltar à conceção moralista do Código Penal de modo a atender às expectativas da sociedade ao criminalizar condutas moralmente reprovadas? *“Como é possível conferir estatuto de crime a uma conduta que não envolve um menor real e que, por isso mesmo, não ofende a autodeterminação sexual de ninguém?”*<sup>203</sup>.

Iniciamos afirmando que, com esta consagração, não estamos mais do que perante um direito penal moralista<sup>204</sup>.

Como Claus Roxin esclarece *“(...) a moral ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico(...) Se uma ação não afeta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar diretamente os sentimentos de algum espectador(...) O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular.”*<sup>205</sup>. O autor afirma ainda que a opinião pública é mutável, logo, não será racional que haja intervenção penal com fundamento em condutas meramente reprováveis que não ofendam bens jurídicos<sup>206</sup>.

A mera aversão ou o desacordo de um sujeito integrado numa comunidade em relação à conduta de outrem não justificam a intervenção do Estado. Há uma

---

<sup>202</sup> Neste âmbito veja-se a decisão do Supremo Tribunal Norte Americano no caso *Ashcroft V. The Free Speech Coalition*, disponível a 02/04/2019 em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>.

<sup>203</sup> REGO 2016:71.

<sup>204</sup> Defendendo também a consagração moralista, pronuncia-se ALBERGARIA e LIMA 2010:217 quanto à detenção dos materiais virtuais.

<sup>205</sup> 1998, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Lisboa, Vega, página 30.

<sup>206</sup> ROXIN 2013:30 e 31.

desvalorização dos princípios do direito penal perante a proteção do interesse superior do menor, para criminalizar os adultos com aparência física semelhante à de um menor ou caracterizado para transmitir essa noção, na prática de atos considerados pornográficos.

Surge o seguinte problema, a pornografia aparente nada mais é que a expressão sexual de adultos que consentiram na prática de comportamentos sexuais e que, com esta incriminação, estão sujeitos à repressão do próprio direito à liberdade sexual. Conforme o entendimento de Karl Natscheradetz “(...) *não é legítimo que ele -direito penal- se pronuncie sobre as diversas opções e os diversos sentidos que os cidadãos conferem à vida sexual, impondo-lhes uma determinada conduta e uma determinada valoração em detrimento das outras existentes.*”<sup>207</sup>. O autor acrescenta ainda que restringir a liberdade do indivíduo, não só exige a necessidade de proteger bens jurídicos, como também se torna perigoso<sup>208</sup>. A liberdade individual de cada um é tutelada pelo princípio da dignidade humana e não poderá ser reprimida sem motivo que justifique. Ocorre assim uma limitação aos atores que interpretam uma personagem que aparente ser menor. Para além da liberdade sexual dos atores, há que considerar o direito de liberdade dos produtores desta pornografia.

Conforme José Mouraz Lopes e Tiago Calado Milheiro esta incriminação colide com o direito fundamental da liberdade de expressão e de criação artística<sup>209</sup>. Não se pretende sobrepor estes direitos ao das crianças, o que de facto seria inaceitável. Quando se demonstre necessário, existem direitos fundamentais que face outros poderão ser reprimidos uma vez que, “*Nem todas as manifestações de liberdade de expressão têm o mesmo valor e são merecedoras do mesmo grau de tutela constitucional*”<sup>210</sup>.

Como elucida Giovanni Cocco, o direito penal é questionado com a intervenção na mera censura moral destes casos, tanto na parcialmente virtual como na totalmente virtual. Somente a proteção do menor de carne e osso justificaria uma ampla proteção penal e, a preocupação suscitada pela existência da pornografia virtual é vaga, carecendo de evidência sobre os efeitos negativos em relação aos menores<sup>211</sup>. Não há de facto nenhum menor envolvido nestes atos o que leva esta proteção ao extremo.

---

<sup>207</sup> NATSCHERADETZ 1985:140.

<sup>208</sup> *Idem* página 90.

<sup>209</sup> LOPES e MILHEIRO 2015:196 e 197.

<sup>210</sup> PATTO 2010:187.

<sup>211</sup> COCCO 2006:878.

Não estamos, contudo, a concordar<sup>212</sup>, porém não nos cabe a nós fazer juízos de valor do que maiores de idade fazem na própria esfera sexual, ainda que com recurso à *imagem* de menores, e, muito menos, estender estes moralismos à necessidade de intervenção penal, resultando numa violação da aplicação do direito penal em *ultima ratio*. O que não sucede plenamente. É possível afirmar que a concretização deste tipo ilícito atenta contra a moral social; mas esta só por si não é suficiente para tipificar uma conduta como ilícita para o direito penal, e muito menos condicionar outros direitos liberdades e garantias<sup>213</sup>.

Não nos é possível identificar em que momento ou de que modo, a infância e a juventude são violadas. Não poderemos sequer mencionar a liberdade sexual em sentido amplo, uma vez que não participam verdadeiros menores mas, mais uma vez, adultos. Também não é possível afirmar que decorre de um perigo abstrato. A proliferação e produção desta categoria de pornografia distinguir-se-á da pornografia infantil por não envolver menores. A possibilidade que esta possa ser usada para desinibir um menor para a prática de atos sexuais decorre de um risco hipotético. Ainda para mais, a ocorrer o aliciamento do menor ou somente a exibição, que poderá colocar em perigo tanto a liberdade sexual como a infância e a juventude pelo contacto precoce e indesejado com os materiais de pornografia infantil, o que já se encontra salvaguardado no n.º 1 do artigo 176º do Código Penal.

Como Vera Lúcia Raposo refere, por se tratar de um adulto, indivíduo com mais de 18 anos, é livre para participar em materiais pornográficos, o que não convence a autora, quanto à tutela da autodeterminação sexual, levando a crer que o que está em causa e, adiantamos desde já também para a pornografia virtual, é a moralidade destes comportamentos, por incentivarem fantasias sexuais, porém, os pensamentos não lesam os menores<sup>214</sup>.

Estende-se o desvalor moral às condutas de adultos que *manchem* o estatuto dos menores, estatuto este que a sociedade e o Estado pretendem proteger. Acreditamos que terá sido esse o fundamento para esta incriminação e não a tutela de um bem jurídico individual ou supra individual. Confunde-se assim a necessidade de intervenção penal com vontade de reprimir atos que não se adequam às conceções morais em auxílio da

---

<sup>212</sup> Não será de todo, no nosso entendimento, aceitável em termos sociais e morais, apresentarem-se como menores na prática de atos menos próprios, contribuindo para uma indústria que efetivamente os explora ainda que não os aceitemos, não deixa de ser um juízo de valor, juízo este que não cabe em matéria penal.

<sup>213</sup> Veja-se neste sentido ALFAIATE 2009:74.

<sup>214</sup> RAPOSO 2003:953.

defesa dos direitos das crianças. Não se deve assim incriminar esta pornografia que não envolve qualquer criança ou jovem pela possibilidade de ser utilizada contra um menor se, essa mesma conduta, já se encontra tipificada.

Por força do n.º 4 do artigo referido, os direitos referidos são restringidos pela tutela do desconhecido<sup>215</sup>.

Na mesma perspetiva iremos apreciar a legitimidade para incriminar a pornografia totalmente virtual.

## **ii. Pornografia parcialmente virtual**

Nos casos de pornografia virtual parcial, há de facto imagens de menores utilizadas para a sua produção ainda que parcialmente. Imagens estas que não poderão deixar de ter repercussões na vida do menor. Salientamos desde já que não se considera como representação realista de menores os materiais manipulados através do uso de sistemas informáticos para esconder ou eliminar a identidade do menor. Neste âmbito tratar-se-ão de menores reais a serem utilizados para a produção de pornografia. É a respetiva característica que distingue esta incriminação parcialmente virtual, da tipificada na alínea a) do n.º 1 do artigo 176º do Código Penal.

Independentemente de o menor chegar a ter conhecimento de que a sua fotografia foi utilizada para a produção de pornografia parcialmente virtual, ocorre uma objetificação, através da descontextualização da fotografia para um contexto pornográfico, desse mesmo menor.

Quando haja o conhecimento do material manipulado, em semelhança com qualquer material divulgado e produzido, haverá uma influência psicologicamente negativa para desenvolvimento harmonioso e até mesmo para sua esfera íntima<sup>216</sup>. Materiais pornográficos que constem partes do corpo do menor estão a ser divulgados. Se o menor não tiver conhecimento, a imagem manipulada apresenta-o de uma forma distorcida, o que é suscetível de lesar a sua reputação, imagem e dignidade<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> No mesmo sentido pronuncia-se RODRIGUES 2011:272.

<sup>216</sup> STERNBER, Sarah (s/d), *The child pornography prevention act of 1996 and the first amendment: Virtual Antitheses*, página 2789, disponível a 04/04/2019 em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3740&context=flr>.

<sup>217</sup> No mesmo sentido pronunciou-se Feinberg *apud* OST 2009:127 a 129. Salienta-se que existe uma aplicação, “Fake App”, que permite introduzir a face de umas pessoas no corpo de outras; esta torna mais alcançável a produção da pornografia parcialmente virtual.



Conforme esclarece Suzanne Ost, o menor utilizado é explorado através da manipulação da imagem, criando assim uma lesão. A autora procede a citar Feinberg. A sua tese é a seguinte: Para afirmar que uma pessoa lesa outra é necessário que a sua conduta viole os direitos deixando esta numa condição pior do que estaria se tal conduta não tivesse sido realizada<sup>218</sup>.

De um modo mais amplo pronunciou-se Maria João Antunes ao esclarecer que, no seu entendimento, as condutas com recurso à representação realista de menor merecem um tipo legal autónomo que não se insira nos crimes contra as pessoas ou até mesmo outras medidas não penais<sup>219</sup>.

Assim, apesar de favoráveis à incriminação da pornografia parcialmente virtual de modo a tutelar o livre desenvolvimento da personalidade do menor, ou seja, a infância e a juventude<sup>220</sup>, vislumbrar-se-ia que esta consagração se inserisse no uso ilícito de fotografias, consagrado no artigo 199º do Código Penal.

### **iii. Pornografia virtual**

Com os desenvolvimentos tecnológicos são inegáveis as semelhanças entre uma produção real e uma produção virtual e, ainda que seja possível identificar distinções, as semelhanças são de facto arrebatadoras. Por agora é possível afirmar que será sempre distinguível a produção dos conteúdos reais dos conteúdos virtuais, pelo que não vislumbramos a possibilidade de se tornar difícil a distinção entre imagens reais de imagens virtuais<sup>221</sup>. Um estudo realizado em 2016 pretendeu mostrar a 250 participantes 60 imagens de faces, 30 reais e 30 criadas através de um sistema informático. Os participantes identificaram corretamente 92% das imagens de pessoas reais e 60% das restantes<sup>222</sup>.

Mas o que terá motivado o legislador português a tipificar a produção e divulgação destes materiais? Não existe vítima na produção desta pornografia; não poderemos

---

<sup>218</sup> OST 2009:126.

<sup>219</sup> ANTUNES 2008:2009.

<sup>220</sup> No mesmo sentido REGO 2016:64.

<sup>221</sup> No filme “Alita: Anjo de Combate” podemos verificar uma representação realista realizada com as mais recentes tecnologias para a produção, contudo, continua a ser notório a distinção entre a realidade e a virtualidade; conforme explica ALBERGARIA e LIMA 010:216 “(...) *não parece que a tecnologia envolvida esteja já vulgarizada, não sendo plausível que nos tempos mais próximos esteja ao alcance de quem se dedique a produções criminosas.*”.

<sup>222</sup> Estudo realizado por FARID, Hany, 2006, *Real or Virtual: Dartmouth Scientists Ask – Can We Tell the Difference?* De 18 de Fevereiro de 2006, disponível a 14/03/2019 em: <https://www.dartmouth.edu/press-releases/real-or-virtual021816.html>.

encontrar justificação na tutela da liberdade sexual do menor, uma vez que este não participa.

Haverá de facto um perigo abstrato para a liberdade sexual de menores reais? Os consumidores da pornografia virtual poderão fantasiar sentindo-se incentivados a retratar o que ocorre na pornografia de menores e deste modo, cometerem futuros delitos, porém, não passa de uma probabilidade remota. Probabilidade esta que não merece consagração penal. Ao considerar este perigo, poder-se-ia afirmar que seria possível estabelecer um nexo de causalidade entre a visualização de filmes violentos e a prática de crimes contra a integridade física e assim, o agente ao assistir determinado filme seria persuadido para a prática de crimes violentos. Não podemos considerar essa possibilidade; um indivíduo poderá ser violento por natureza independentemente dos filmes que assista<sup>223</sup>.

Na pornografia totalmente virtual não estão de facto verdadeiros menores envolvidos na produção de modo a justificar a criminalização desta conduta, mas sim *crianças* fictícias, cuja idade não existe, com condutas de teor sexual explícito, criadas através do uso de tecnologia, mas não exclusivamente uma vez que qualquer meio de criação entra no alcance da norma. Ou seja, não se poderá afirmar que se pretenda impedir a divulgação e produção de pornografia real ao incriminar a virtual quando, não obstante o que já foi referido, não estão menores reais envolvidos. Mais uma vez, o fundamento para a intervenção penal demonstra-se infundado.

Afirma José Mouraz Lopes e Tiago Calado Milheiro que apesar de não ser possível identificar o bem jurídico que a norma visa tutelar, é possível identificar que não poderá ser a liberdade ou autodeterminação do menor, por não estarem efetivamente envolvidos<sup>224</sup>. Não será de todo a incriminação da criação de crianças ou jovens representados que motivará a prática de crimes e, não será a descriminalização suscetível de afetar a exploração sexual dos menores.

Para Giovanni Cocco, ainda que se pretenda efeitos positivos aquando da luta contra a pedofilia e a pornografia de menores, não há um fundamento racional para a criminalização da pornografia virtual<sup>225</sup>.

Conforme José Pizarro Beleza, o direito penal não pode intervir sempre que haja a possibilidade de um perigo; não se pode recriminar o legislador por determinados resultados causarem efetivamente danos a um indivíduo. Não será pela possibilidade, em

---

<sup>223</sup> REGO 2016:82; no mesmo sentido TEIXEIRA SILVA 2017:77.

<sup>224</sup> LOPES e MILHEIRO 2015:196.

<sup>225</sup> COCCO 2006:876.

qualquer circunstância, de um comportamento originar um efeito desfavorável, que se justifica exclusivamente a intervenção penal<sup>226</sup>.

Pretendeu-se alargar esta incriminação a quaisquer condutas moralmente reprovadas e suscetíveis de *acordar* instintos pedófilos. Ora, “*O legislador não pune quem tem vontade de matar ou quem tem vontade de furtar mas sim “quem matar outra pessoa” (...) O nosso direito não consubstancia um Direito Penal das vontades (...)”*<sup>227</sup>.

No entendimento de Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, o legislador cedeu às exigências morais para combater a pedofilia<sup>228</sup>. Em sentido semelhante pronunciou-se Jorge Reis Duque ao afirmar que não pode ser objeto de intervenção penal o desejo sexual por um menor<sup>229</sup>.

Contrariamente, Pedro Vaz Patto pronuncia-se no sentido de a pornografia virtual incentivar os instintos pedófilos nos adultos e, por isso, estimular comportamentos criminosos<sup>230</sup>. Porém, não é possível criminalizar os instintos pedófilos de um indivíduo.

É ilegítimo incriminar a produção e divulgação da pornografia virtual pela possibilidade de um indivíduo poder ter fantasias que o incentivem a lesar a liberdade sexual do menor. Ainda para mais quando carecia ainda de se estabelecer o nexo causal entre estas e a possível lesão.

Para o referido autor o “(...) *carácter contingente, indireto e remoto é próprio dos crimes de perigo.*”; explica ainda que a criminalização da pornografia virtual encontra-se justificada pelo perigo que advém dessa divulgação, acrescentando ainda que o consumo desta estimula à prática de crimes sexuais contra as crianças, exemplificando que tal como a condução sem habilitação legal e a detenção ilegal de armas, a perigosidade é abstrata<sup>231</sup>. Contudo e conforme elucida João Almeida da Silva, “*Para aceitar a analogia com o perigo de condução sem habilitação legal é necessário considerar que, este é mais directo e susceptível de colocar bens jurídicos em causa de forma imediata. No caso da produção e distribuição de pornografia infantil virtual, só posso concluir que o nexo de causalidade que legitima a criminalização é demasiado remoto ou mesmo inexistente,*

---

<sup>226</sup> 1980, *O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo*, In: Boletim da Faculdade de Coimbra, Volume 3, Coimbra, página 570 e 571.

<sup>227</sup> REGO 2016:72.

<sup>228</sup> ALBERGARIA e LIMA 2010:217.

<sup>229</sup> 2006/2007, *Prevenção e investigação do crime de pornografia de menores*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, página 34.

<sup>230</sup> PATTO 2010:192.

<sup>231</sup> *Idem* página 191.

*pelo que não vislumbramos motivos para que a conduta em causa continue a ser criminalizada.”*<sup>232</sup>.

Quanto à detenção ilegal de arma, é necessário esclarecer que quem detém uma arma ilegal advém um grande perigo pela possibilidade da mesma ser utilizada, um perigo abstrato. Na pornografia virtual, a utilização deste argumento não é aceitável; a pornografia tem o objetivo de estimular sexualmente o consumidor; aquele que recorre aos materiais pornográficos virtuais, procura a estimulação. Poderá decorrer, sim, o perigo da prática de delitos futuros, mas como já foi elucidado, não será o mais sensato este alargamento quando esta probabilidade entre o consumo de pornografia virtual e os crimes sexuais contra menores é distanciada. Não se pode confundir uma intensa tutela antecipada com uma repressão por consequências de carácter remoto que a pornografia virtual poderá ter<sup>233</sup>.

O Supremo Tribunal Canadano no caso R. V. Sharpe, declara que a pornografia de menores, seja esta virtual ou real, favorece os desejos pedófilos em detrimento dos direitos das crianças, uma vez que, esta autorrealização derivada da pornografia tem uma estreita ligação com a lesão de menores. A decisão do tribunal afirma ainda: *“Os benefícios da proibição da pornografia de menores superam substancialmente qualquer efeito nocivo do direito à liberdade de expressão”* (tradução livre).

A perigosidade da existência da pornografia totalmente virtual consiste no uso da mesma para a prática de atos ilegais de modo a aliciar os menores, tal como já referimos aquando da decisão do Supremo Tribunal Norte Americano, o desvalor está na conduta do agente e não o material utilizado, nomeadamente quando para a realização deste não há a lesão efetiva de menores reais. Neste sentido, para Inês Cera Mendes, independentemente da inexistência de uma criança real, estar-se-á a tutelar a dignidade dos menores que é colocada em decadência com o material virtual. Este permite a instrumentalização dos menores tornando-se um atentado à própria personalidade; materiais pornográficos são suscetíveis de os vitimizar, seduzindo-os para a práticas sexuais abusivas<sup>234</sup>. Porém, recorremos, mais uma vez, ao argumento defendido para a pornografia aparente. A sedução do menor, independentemente dos meios utilizados pelo

---

<sup>232</sup> ALMEIDA DA SILVA 2016:29.

<sup>233</sup> Como ALBERGARIA e LIMA 2010:205 referem “(...) o útil não nos parece critério do justo (...)”; Em sentido semelhante, REGO 2016:75 explica que a “(...) antecipação de tutela coloca sérios riscos à regulação penal pois é incerto e nem sequer provável o risco de perigo que pode estar em causa.”

<sup>234</sup> 2017, *Pornografia infantil: Novos problemas face ao paradigma da pornografia virtual?*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, página 81 e 82.

agente para o desinibir a participar em materiais pornográficos, já se encontra tipificada. Acrescenta-se ainda que, independentemente da intenção do agente ao aliciar o menor para esses efeitos, o facto de exhibir esse material também substancializa uma conduta tipificada pela alínea c) do n.º 1 do artigo 176º do Código Penal, independentemente dos meios utilizados. Não se compreende a necessidade de salientar a pornografia virtual para concretizações que já existem e que já estão salvaguardadas.

O Supremo Tribunal Norte Americano no caso *Ashcroft V. The Free Speech Coalition*, neste sentido, afirmou que a pornografia virtual pode ser utilizada para aliciar os menores, porém, o desvalor encontra-se na conduta do agente e não no material virtual utilizado. O Governo norte americano argumentou que através dos desenvolvimentos tecnológicos seria possível absolver os produtores de pornografia na existência de dúvida quanto à existência de crianças reais nos materiais produzidos; porém, para o Tribunal, a liberdade de expressão e de criação artística é suscetível de atrair para a prática de condutas ilegais o que não será suficiente para a existência de uma criminalização. “*O Governo não pode suprimir uma forma de expressão lícita como meio de suprimir uma forma de expressão ilícita*” (tradução livre). Afirma ainda a possibilidade de recorrerem a desenhos animados, jogos ou doces para aliciar menores, contudo, não é possível estes serem tipificados pela possibilidade de serem utilizados para esse propósito. Com estes fundamentos, o Supremo Tribunal considerou esta criminalização inconstitucional<sup>235</sup>.

Todas estas falácias dificultam a aceitação da criminalização da pornografia virtual de menores e o perigo da sua existência para menores reais.

No entanto, poderá a produção e divulgação da pornografia virtual prejudicar o crescimento e desenvolvimento psicológico dos mesmos? Será que esta incriminação cabe na tutela do bem jurídico infância e juventude?

Entendemos que de facto a divulgação e produção de pornografia em que envolvam menores reais, é muito danoso para o desenvolvimento, tal como explicámos

---

<sup>235</sup> De 16 de Abril de 2002, disponível a 02/04/2019 em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>.

O Supremo Tribunal Norte Americano declarou inconstitucional o Child Pornography Prevention Act de 1996 que visava eliminar todos os materiais pornográficos que incitassem instintos pedófilos ou seja, tutelar os menores, face aos perigos da pornografia nomeadamente a pornografia virtual. De acordo com o Tribunal, Governo não poderia eliminar esta indústria a todo o custo, nomeadamente com a criminalização da pornografia virtual, “(...) o CPPA proíbe uma liberdade de expressão que não regista nenhum crime nem vitimiza crianças com a sua produção.” (tradução livre). Um dos juízes, Justice Thomas, salienta o seguinte: “(...) a tecnologia poderá evoluir de tal modo que se torne impossível aplicar a legislação destinada à pornografia de crianças reais quando seja impossível ao Governo provar que em determinada imagem consta uma criança real. Caso ocorra tal evolução, o Governo não deverá ignorar, mas sim promulgar legislação contra a pornografia de menores virtual (...)” (tradução livre).

no tópico 4. O que demonstrámos ser motivo suficiente para incriminar o uso indireto de menores. Porém, na pornografia virtual, não estão envolvidos menores reais, a serem expostos e a continuarem a sofrer sequelas dos materiais pornográficos. Não poderemos concordar que a tutela do bem jurídico infância e juventude tenha um alcance tão alargado que justifique esta incriminação<sup>236</sup>.

Para Ana Rita Alfaiate esta incriminação terá ido longe demais uma vez que, neste âmbito, não se trata de abuso sexual ou exploração de menores e, ao ocorrer, o nexo entre o verdadeiro crime e este material seria meramente circunstancial. Defendendo assim a descriminalização da pornografia virtual<sup>237</sup>.

Maria João Antunes questiona se os comportamentos de mera detenção dos materiais, a sua produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência de onde conste a representação realista de menor, têm dignidade jurídico-penal, ainda que tenham como objetivo proteger a infância e a juventude. Acrescenta ainda que “(...) a legitimidade da intervenção penal num Estado de direito democrático não pode alicerçar-se no bem “pouco laico” da moralidade pública ou dos bons costumes (...)”<sup>238</sup>. Como refere Claus Roxin, as crenças, os tabus e os comportamentos reprováveis não são bens jurídico nem fundamentam a lesão destes<sup>239</sup>. Saliente-se ainda que se conferiu a mesma pena de prisão para quem produza e divulgue estes materiais com menores fictícios e, para quem aproveite conteúdos pornográficos com a participação de menores reais<sup>240</sup>.

Não temos qualquer possibilidade de argumentar a favor da representação realista de menor como lesiva de bens jurídicos e que para tal mereça a tutela penal. No caso da pornografia virtual, haverá uma conceção meramente moralista, que tenta forçosamente tutelar a infância e a juventude de crianças e jovens inexistentes, sendo que a exibição de qualquer material pornográfico já está criminalizada. Não se adequam, no entanto, aos valores éticos e morais estabelecidos pela sociedade, não se confundindo com a necessidade de intervenção penal. Esta conduta é generalista de modo a abranger qualquer comportamento socialmente desadequado, no contexto em que se insere<sup>241</sup>; se fosse da vontade do legislador somente tipificar a pornografia parcialmente virtual, tê-lo-ia feito.

---

<sup>236</sup> É inegável que determinados direitos fundamentais poderão ser colocados em causa quando outros mais importantes careçam de tutela.

<sup>237</sup> ALFAIATE 2009:121 a 123.

<sup>238</sup> ANTUNES 2010:158.

<sup>239</sup> ROXIN 2013:20.

<sup>240</sup> Ainda neste sentido ALBERGARIA e LIMA 2010:219.

<sup>241</sup> REGO 2016:70.

Encontra-se tipificada a disposição generalista pela sua inadequação social, apoiando-se na ideia da tutela do bem jurídico referido.

Para além da pornografia totalmente virtual não lesar nenhum bem jurídico, reprime ainda direito de liberdade de expressão e criação artística.

O direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 37º da CRP incorpora a liberdade dos artistas, *“Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem, ou por qualquer outro meio (...) sem impedimento nem discriminações. / 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.”* (sublinhado nosso).

Não se pretende afirmar que estes sejam direitos absolutos, porém, como já referimos anteriormente, para haver restrições de direitos fundamentais é necessário que se pretenda salvaguardar outros direitos. Porém, a produção e divulgação da pornografia virtual não lesa ou gera perigo para menores reais; poderá sim, ser uma manifestação de liberdade que não se enquadre com os padrões sociais, mas, não é admissível restrições para corresponder às exigências morais<sup>242</sup>. Censura-se assim, exercício desta liberdade, que muitas vezes poderá gerar polémica e ser socialmente degradante, mas nem por isso poderá merecer uma limitação pela via penal. Ao artista é atribuído o direito tutelado no artigo 42º da CRP, permitindo a liberdade de criação e de invenção independentemente da censura social que possa original.

Como elucida Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino *“(...) se levarmos em conta o carácter incómodo e subversivo da criação artística, científica e cultural, não podendo verdadeiramente aqui conceberem-se restrições ditadas pelo respeito pelas instituições, nem por outros valores políticos (...) nem por quaisquer outros valores sociais ou religiosos, pois é para essas zonas que deverão poder dirigir-se livremente às criações do espírito humano (...)”*<sup>243</sup>.

Para Maria Silva Dias a pornografia apresenta um conteúdo bastante diferente do conteúdo das obras de arte ainda que nestas, contenham pinturas ou esculturas de menores nus ou dos seus órgãos sexuais. Explica ainda que não será pornográfica a obra literária que descreva pormenorizadamente um abuso sexual<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo, 2000, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, página 130.

<sup>243</sup> *Idem* página 142.

<sup>244</sup> SILVA DIAS 2013:92.

Conforme se pronuncia Pâmela Teixeira Silva, a arte é uma forma de expressão do artista, é uma liberdade adjacente à própria criatividade e inspiração e, caso seja negada, o direito à liberdade de criação artística será restringido<sup>245</sup>.

Para José Mouraz Lopes e Tiago Calado Milheiro “(...) *não será admissível na «representação realista de menor» levar a interpretação a áreas expressamente tidas como expressão artística ou que, na dúvida, se possam vir a considerar como tal. É o caso, por exemplo, de vários tipos de «banda desenhada» disponíveis no mercado editorial que pese embora o seu carácter polémico são apenas formas de expressão artística.*”<sup>246</sup>.

Temos assim uma conduta com pena privativa da liberdade que não ofende bens jurídicos, tratando-se de um crime sem vítimas que reprime as escolhas pessoais que cada indivíduo faz na sua esfera pessoal e ainda de quem as cria. Como elucida Joana Rego, “o legislador previu um problema que não está sequer materializado e consolidado, na medida em que as imagens virtuais dificilmente poderão ser indistinguíveis de reais. E, mesmo que assim fosse, não podemos concretizar um tipo de crime com base em algo que “parece mesmo ser”.”<sup>247</sup>.

Assim, enquanto tipificação do artigo 176º do Código Penal quanto à produção do material pornográfico com menores, é punido por todos os motivos elencados nos tópicos anteriores. A representação realista de menor vai mais além, gerando uma reprovação moral e social de tal modo significativa que merece relevância penal. Esta necessidade de tutela de menores insaciável origina uma reação extrema ao ponto de tipificar uma conduta somente pelas preocupações morais e sociais que ela origina. De acordo com Inês Ferreira Leite, as crianças são instrumentalizadas e exploradas na pornografia real, porém, na pornografia onde conste a representação realista o mesmo não ocorre. A representação será suscetível de instrumentalizar tanto a imagem de um menor, como de qualquer outra pessoa para efeitos sexuais<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> TEIXEIRA SILVA 2017:64.

<sup>246</sup> LOPES e MILHEIRO 2015:197; no mesmo sentido pronuncia-se TEIXEIRA SILVA 2017:72, “*Outros fundamentos usados para restringir a liberdade artística do autor, é a moral ou a ordem pública. Sendo que, em muitos casos, a arte pretende questionar a moral e os bons costumes e qualquer restrição a que a liberdade artística esteja sujeita deve ser muito bem ponderada (...)*”.

<sup>247</sup> REGO 2016:79.

<sup>248</sup> LEITE 2004:63 e 64.



Contudo, quando a obra criada ofenda o direito à infância e à juventude, a sua divulgação pode ser restringida para tutelar o livre desenvolvimento dos menores. Neste caso, a obra não estará protegida pela liberdade de criação artística<sup>249</sup>.

Apesar de concordarmos com a necessidade de eliminar este mercado de exploração e objetificação das crianças e jovens que cresce a cada dia, não aceitamos a legitimidade para a criminalização de qualquer conduta, nomeadamente quando vise reprimir outros direitos. De novo, o carácter controverso e possivelmente inadequado destas criações não chegará para tipificar uma conduta, parece-nos, então, favorável a descriminalização das condutas descritas no n.º 4 do artigo suprarreferido.

---

<sup>249</sup> TEIXEIRA SILVA 2017:71 e 72.

## Considerações Finais

Com o presente trabalho pretendeu-se analisar a construção do crime de pornografia de menores mais concretamente os bens jurídicos tutelados.

Foi-nos possível verificar que o estatuto dos menores sofreu alterações significantes para o reconhecimento dos seus direitos fundamentais, porém, a exploração sexual de jovens e crianças continua a ser uma realidade muito presente. A pornografia de menores continuará a crescer enquanto houver quem financia esta prática, acabando por beneficiar tanto o consumidor com o material ilícito como os produtores e os divulgadores com o lucro.

Para as condutas que utilizam o menor diretamente, defendemos a tutela da liberdade sexual em sentido amplo uma vez que, não nos é possível separar a liberdade da autodeterminação quando para exercício pleno da liberdade é necessário a capacidade do menor se autodeterminar sexualmente. O menor tem o direito de dispor do próprio corpo e, para tal, não pode ser negada essa possibilidade, quando possua as condições necessárias para acordar na prática de comportamentos sexuais o que afastará a tipicidade da conduta.

Quem adquire os materiais pornográficos contribui para o lucro desta indústria que, perante a aquisição por parte dos consumidores, inevitavelmente originará a produção de mais materiais (como qualquer outra indústria). Materiais esses que terão como vítimas mais crianças e jovens. O legislador não poderá ignorar este ciclo em benefício da reserva da intimidade privada do consumidor quando este beneficia em prol da efetiva lesão do direito à liberdade sexual dos menores. Ainda que seja uma conduta moralmente reprovada, este não é o único fundamento para a intervenção penal.

Identificamos a infância e a juventude como o bem tutelado na criminalização das condutas que usam o menor indiretamente. A produção e proliferação nacional e internacional de materiais pornográficos com menores reais, prejudicam o desenvolvimento saudável e equilibrado deste. Pelo que não poderia ser ignorado. Porém, a partir dos 16 e possuindo o discernimento necessário para avaliar a situação a que está a aprovar, o menor poderá consentir com as condutas referidas afastando a ilicitude das mesmas.

Distintamente, quanto à representação realista de menores, o nosso entendimento já não poderá ser uniforme. Quanto à pornografia parcialmente virtual, o bem jurídico tutelado é a infância e a juventude. A imagens das crianças e jovens são alteradas e

inseridas num contexto sexual. É inegável que com esta conduta haverá um efeito negativo no desenvolvimento saudável que os menores devem ter.

Por fim, dedicámo-nos às concepções moralistas em torno da pornografia aparente e da pornografia totalmente virtual. A criminalização da pornografia aparente e da pornografia totalmente virtual não podem se não ser consideradas tipificações meramente morais. E, não sendo a moral um bem jurídico somos favoráveis à sua descriminalização.

Enquanto na pornografia aparente há uma restrição injustificada dos direitos dos adultos que se façam passar por menores, na pornografia totalmente virtual visa-se criminalizar qualquer reprodução de crianças não reais pelo perigo de serem utilizadas para aliciar menores reprimindo o direito à liberdade de expressão e à liberdade de criação artística. Porém, a criminalização da pornografia de menores deve focar-se na conduta do agente que alicia o menor e não na punição da criação de materiais que, para esses efeitos, o utiliza.

Pelo que não pode a mera aversão e moralismos gerados em torno destas representações de menores ser causa justificativa para recorrer a uma sanção punitiva.

## Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes, 2010, *O crime de detenção de pseudopornografia infantil – Evolução ou Involução?*, In: *Julgar* n.º 12 (especial) (Setembro-Dezembro).

ALFAIATE, Ana Rita, 2009, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora;

– 2017, *O artigo 19.º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade penal em razão da idade*, In: *Revista do CEJ*, n.º 1, 1º semestre, Lisboa.

ALMEIDA DA SILVA, João Miguel, 2016, *Cibercrime: O Crime de Pornografia Infantil na Internet*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, disponível a 04/04/2019 em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34801/1/Cibercrime\\_o%20Crime%20de%20Pornografia%20Infantil%20na%20Internet.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34801/1/Cibercrime_o%20Crime%20de%20Pornografia%20Infantil%20na%20Internet.pdf).

AMBOS, Kai, 2014, *Posse como delito e a função do elemento subjetivo – Reflexões a partir de uma perspetiva comparada*, In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, n.º 1 (Janeiro-Março) Lisboa.

ANDERSON, Cordelia, 2008, *From Dr. Seuss to Porn: Countering Normalization of Sexual Harm*, disponível a 10/02/2019 em: <http://www.cordeliaanderson.com/resources/documents/pwspring.pdf>.

ANDRADE, Manuel da Costa, 2004, *Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora;

– 2009, *“Bruscamente no verão passado”, a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João, 2005, *Crimes contra Menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*, In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume 81; Coimbra;

- 2008, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores*, In: Revista do CEJ, n.º 8 (especial), 1º Semestre, Lisboa;
- 2010, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, In: Julgar n.º 12 (especial) (Setembro-Dezembro).

BELEZA, Teresa Pizarro, 1996, *Sem sombra de pecado: O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, In: Separata - Jornadas de Direito Criminal, Lisboa.

BIANCHI, Malaika, 2005, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è inscostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, In: L'indice penale, Padova, Nuova Serie, Ano 6 n.º 1 (Janeiro-Abril).

BULLENS Ruud; MULDER Jules, 2006, *Ver pornografia infantil na internet: impulso inconsequente?* In: Psychologica, n.º 43.

CARVALHO, Tássia Puga Cardoso Brabo de, 2014, *Pornografia Infantil Virtual: O Bem Jurídico em Questão*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

COCCO, Giovanni, 2006, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova série, Ano XLIX, Fasc. 3 (Julho-Setembro).

CONDE, Francisco Munõz, 2004, *Derecho Penal, Parte Especial*, 15ª edição, Valencia., Tirant lo blanch.

COSTA, Luciana Gertum Pereira de Oliveira, 2006, *A convenção sobre o cibercrime e a incriminação da pornografia infantil*, Relatório apresentado no curso de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa;

– 2005/2006, *A difusão de pornografia infantil pela internet: Sentido e limites de uma incriminação*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

D’AVILA, Fabio Roberto, 2005, *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra STVDIA IVRIDICA 85, Coimbra, Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora;

- 2009, *Direito Penal Português- Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora;
- 2009, “*O Direito Penal do Bem Jurídico*” como princípio jurídico-constitucional, In: XXV Anos de jurisprudência constitucional portuguesa. Coimbra, Coimbra Editora;
- 2012, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

DUARTE-FONSECA, António Carlos, 2001, *Interactividade entre penas e medidas tutelares: contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 11, Fascículo 2.º, (Abril-Junho), Coimbra.

DUQUE, Jorge Rafael V. Reis, 2006/2007, *Prevenção e investigação do crime de pornografia de menores*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

ESTRADA, Cristina Fernández-Pacheco, 2006, *Pornografia infantil e Internet. ¿Reto jurídico o problema social?* In: Revista General de Legislación Y Jurisprudencia, n.º 2 (Abril-Junho).

FARIA COSTA, José de, 2000, *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

FARID, Hany, 2006, *Real or Virtual: Dartmouth Scientists Ask – Can We Tell the Difference?* De 18 de Fevereiro de 2006, disponível a 14/03/2019 em: <https://www.dartmouth.edu/press-releases/real-or-virtual021816.html>.

FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, 2014, *A Pornografia de Menores: conceitos e terminologia*, In: Revista de Direito e Segurança, n.º 4, Ano II (Julho-Dezembro), Lisboa.

FINKELOHR, David; ORMROD, Richard, 2005, *Pornografia infantil: padrões NIBRS*, In: Infância e juventude- Revista do Instituto de Reinserção Social, n.º 4, Lisboa.

GERSÃO, Eliana, 1997, *Crimes sexuais contra crianças: O direito penal português à luz das resoluções do Congresso de Estocolmo contra a exploração sexual das crianças para fins comerciais*, In: Infância e Juventude – Revista do Instituto de Reinserção Social, n.º 2 (Abril-Junho), Lisboa.

GONÇALVES, José Luís, 2018, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa, Edições Vieira da Silva.

JOÃO ANTUNES, Maria; SANTOS, Cláudia, 2012, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

LAMAS LEITE, André, 2016, *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas Esparsas*, In: Julgar n.º 28 (Janeiro-Abril).

LANSDOWN, Gerison, 1998, *Children's rights: proposals for new education legislation*, In: Education, public law and the individual, Volume 3, n.º 1 (Abril), Londres.

LEITE, Inês Ferreira, 2004, *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Coimbra, Almedina;

– 2011, *A tutela penal da liberdade sexual*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 1 (Janeiro-Março) Lisboa.

LOBATO, José Danilo Tavares, 2016, *Panorama dos crimes de posse*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, editora LiberArs, São Paulo.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Calado, 2015, *Crimes Sexuais: Análise substantiva e processual*, Coimbra, Coimbra Editora.

MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, 2013, *Das primeiras leis de proteção da infância e juventude em Portugal à entrada em vigor da L.P.C.J.P*, In: Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas n.º 22, Porto;

– 2017, *As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História*, In: Scientia Iuridica n.º 343, Tomo LXVI, (Janeiro-Abril).

MENDES, Inês Sofia Cera, 2017, *Pornografia infantil: Novos problemas face ao paradigma da pornografia virtual?*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

NARCISO, Francisco Mendonça, (s/d), *Educação do menor para o direito*, Programa de Doutoramento, Faculdade de Direito-Faculdade de Economia, Universidade de Lisboa, Lisboa.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, 1985, *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, Almedina.

OST, Suzanne, 2009, *Child Pornography and Sexual Grooming Legal and Societal Responses*, New York Cambridge University Press,

OSTENFORD, Heribert, 2006, *Contra a abolição do direito penal juvenil ou das suas características essenciais*, In: Infância e Juventude- Revista do Instituto de Reinserção Social, n.º 4 (Outubro-Dezembro) Lisboa.

PASTOR MUNÓZ, Nuria, 2016, *Abordagem dos Delito de Posse e dos Delitos de Pertencimento*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, São Paulo, editora LiberArs.



PATTO, Pedro Vaz, 2001, *Direito penal e ética*, In: Direito e Justiça, Volume XV, Tomo 2, Lisboa;

– 2010, *Pornografia Infantil Virtual*, In: Julgar n.º 12 (especial) (Setembro-Dezembro).

PIZARRO BELEZA, José Manuel, 1980, *O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo*, In: Boletim da Faculdade de Coimbra, Volume 3, Coimbra.

RAPOSO, Vera Lúcia, 2003, *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora.

REGO, Joana Mota, 2016, *Pedopornografia virtual total e aparente: Ilegitimidade da intervenção penal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

RETTINGER, Jill L., 2000, *The Relationship between Child Pornography and the Commission of Sexual Offences against Children: A Review of the Literature*, disponível a 18/02/2019 em:

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.573.6939&rep=rep1&type=pdf>.

RODRIGUES, Ana Paula, 2011, *Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital*, In: Revista do CEJ, n.º 15, 1º Semestre, Lisboa.

ROXIN, Claus, 1998, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Lisboa, Veja;

– 2013, *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da normal penal posto à prova*, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, n.º 1 (Janeiro-Março), Coimbra, Coimbra Editora;

- 2016, *Crimes de Posse*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, São Paulo, editora LiberArs

SANTOS, Ana Isabel Correia dos, 2012, *Grooming sexual online de crianças*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

SARAMAGO, Mariana Filipa de Amaral, 2018, *Características dos agressores sexuais encarcerados em Portugal: Consumo de pornografia, transversalidade na escolha de vítimas e versatilidade criminal*, Tese de Doutoramento, Ciências Psicológicas, sociais e da vida, Instituto Universitário, disponível a 07/03/2019 em:  
<http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/6845/1/TES%20SARA-M1.pdf>.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, 2016, *A posse como facto punível*, In: Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia, São Paulo, editora LiberArs,

SETO, Michael C.; EKE, Angela W., 2015, *Predicting Recidivism Among Adult Male Child Pornography Offenders: Development of the Child Pornography Offender Risk Tool (CPORT)*, In: Law and Human Behaviour, disponível a 18/02/2019 em:  
[http://www.internetbehavior.com/pdf/cport\\_article.pdf](http://www.internetbehavior.com/pdf/cport_article.pdf)

SILVA, Fernando, 2009, *Representação dos menores em processo penal*, In: Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra, Coimbra Editora.

SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da, 2011, *Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*, In: Revista do CEJ, n.º 15, 1º Semestre, Lisboa;

– 2013, *Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, In: Revista do Ministério Público, Ano 34, n.º 136 (Outubro-Dezembro), Lisboa.

SOTTOMAYOR, Clara, 2014, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina.

SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo, 2000, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa.

STERNBER, Sarah, (s/d), *The child pornography prevention act of 1996 and the first amendment: Virtual Antitheses*, disponível a 04/04/2019 em:

<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3740&context=flr>.

TAYLOR, Max; QUAYLE, Ethel, 2003, *Child pornography: an Internet crime*, New York, Brunner-Routledge.

TEIXEIRA SILVA, Pámela Carolina, 2017, *Limites à incriminação na Pornografia de Menores: A tutela da liberdade de criação artística*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa.

## i. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional de 17 de Setembro de 2014, Processo n.º 587/2014, relator José da Cunha Barbosa, disponível a 18/02/2019 em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140587.html>;

Acórdão do Tribunal Constitucional de 10 Março de 2004, Processo n.º 566/2003, relatora Maria Fernanda Palma, disponível a 02/04/2019 em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2017, Processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, relator Pires da Graça, disponível a 02/04/2019 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b2a68cd0be9c27b98025812500386eb1?OpenDocument>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Abril de 2017, Processo n.º 53/10.3PAVFX.L2.S1, relator Gabriel Catarino, disponível a 02/04/2017 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a6406c2bdf8d52bd8025811c003b799e?OpenDocument>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 2011, Processo n.º 4/10.5GBFAR.E1.S1, relator Armindo Monteiro disponível a 05/03/2019 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1d8b5cc3dff1fdc780257945005d3fef?OpenDocument>;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03 de Dezembro de 2014, Processo n.º 4190/11.9TAGDM.P1, relator Artur Oliveira, disponível a 02/04/2019 em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a34861811c35aad80257db0005000b5?OpenDocument>;

Supremo Tribunal Norte Americano, caso “John D. Ashcroft V. The Free Speech Coalition” de 16 de Abril de 2002, disponível a 02/04/2019 em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>;

Supremo Tribunal Canadano, caso “R. V. John Robin Sharpe” de 26 de Janeiro de 2001, disponível a 02/04/2019 em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>.

## Índice

Lista de abreviaturas .....	3
<b>Resumo .....</b>	<b>4</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>5</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>6</b>
<b>1. O desenvolvimento do estatuto do menor .....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 A Convenção sobre os Direitos da Criança .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 O ordenamento jurídico português .....</b>	<b>13</b>
<b>2. Os crimes contra a autodeterminação sexual .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Pornografia de menores .....</b>	<b>19</b>
<b>i. O conceito “Pornografia de menores” .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1.2 A menoridade .....</b>	<b>21</b>
<b>i. O consentimento do menor .....</b>	<b>23</b>
<b>ii. O acordo do menor .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.3 A autonomização do crime de pornografia de menores .....</b>	<b>28</b>
<b>3. Tipicidade .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1 Tipo de ilícito objetivo .....</b>	<b>30</b>
<b>i. O agente e a vítima .....</b>	<b>30</b>
<b>ii. As condutas .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2 Tipo de ilícito subjetivo .....</b>	<b>36</b>
<b>4. O bem jurídico .....</b>	<b>37</b>
<b>4.1 A autodeterminação e a liberdade sexual .....</b>	<b>37</b>
<b>4.2 A infância e a juventude .....</b>	<b>40</b>
<b>4.3 Uma tutela moralista? .....</b>	<b>45</b>
<b>4.3.1 A mera posse do material pornográfico .....</b>	<b>46</b>
<b>i. Legitimidade para a intervenção penal .....</b>	<b>57</b>
<b>4.3.2 A representação realista de menores .....</b>	<b>60</b>
<b>i. Pornografia aparente .....</b>	<b>61</b>
<b>ii. Pornografia parcialmente virtual .....</b>	<b>64</b>
<b>iii. Pornografia virtual .....</b>	<b>65</b>
<b>Considerações Finais .....</b>	<b>74</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>76</b>
<b>i. Jurisprudência .....</b>	<b>84</b>